ANALES DE LA UNIVERSIDAD

AÑO VIII | MONTEVIDEO — 1899 | TOMO X

Estudio sobre lo contencioso-administrativo

POR EL DOCTOR LUIS VARELA

CAPÍTULO PRIMERO

De la acción administrativa y los recursos á que puede dar lugar

SECCIÓN PRIMERA

SUMARIO:—Diferentes formas de la acción administrativa.—Conflictos que cada una de ellas puede ocasionar entre la Administración y los particulares.—Inevitable posibilidad de esos conflictos; su razón.—Distintos modos de manifestarse la voluntad del Estado.—Sus ventajas y posibilidad de aplicación.—Su fuerza obligatoria.—Medios de hacerla efectiva.—Procedimientos de ejecución, *a)* administrativo, *b)* judicial.—Su aplicación en nuestro derecho positivo.—Sistema judicial, causas de su predominio en Inglaterra y Estados Unidos.—Sistema administrativo; sus ventajas.—Medios de combatir sus peligros.—Intervención en la acción administrativa.—Sus diferentes clases y cuáles serán objeto de este estudio.

La Administración pública en el desempeño de sus funciones ejecutivas de los fines del Estado, puede tener una esfera de acción más ó menos amplia según los principios que con respecto á dichos fines consignen los códigos políticos de los distintos países, y según también el grado de desenvolvimiento que en cada uno de aquéllos haya alcanzado la actividad privada. Pero sea cual fuese la amplitud señalada á la acción administrativa, ésta sólo puede manifestarse en una de estas dos formas: por medio de mandatos contenidos en reglamentos, decretos, órdenes ó decisiones particulares que tienen ejecución *obligatoria*, ó bien por medio de disposiciones ó actos que suponen la voluntad previa de las personas á que aquéllos se refieren.

Como en este segundo caso la Administración ofrece ó presta á los individuos algún servicio ó alguna ventaja de que pueden aprovecharse, ó como el acto administrativo supone el consentimiento previo del particular interesado, no puede presentarse dificultad alguna entre las dos partes con las cuales el acto se relaciona.

No sucede lo mismo en el caso que hemos mencionado en primer término, pues tratándose entonces de actos que limitan la libertad individual, ó que en nombre de un interés público imponen ciertos sacrificios á los particulares, pueden encontrar por parte de éstos resistencias más ó menos fundadas que se opongan al exacto cumplimiento de tales mandatos ó resoluciones.

Estos conflictos son tanto más posibles y frecuentes cuanto que las reglas de derecho á que la Administración debe ajustar sus actos, rara vez tienen el carácter preciso y casuístico que habrían menester para evitar toda discusión con respecto á lo que aquélla está legalmente facultada para hacer.

En efecto, y como lo observa con toda verdad el profesor Goodnow, las reglas de Derecho Administrativo que la Administración ha de aplicar, son de dos especies: ora contienen la expresión completa de la voluntad del Estado, ora la expresan tan incompletamente que necesitan alguna acción ulterior para que aquella voluntad pueda ser ejecutada. Y esto se explica por diferentes razones; ya porque la ley no puede prever todos los pormenores de su ejecución, ya porque no se avienen con su carácter permanente ciertas disposiciones de detalle esencialmente variables según circunstancias de lugar y tiempo, ya, en fin, porque la ley debe forzosamente dejar cierto poder discrecional á la Administración, la que como dijo Vivién, necesita para conseguir su fin, de aire y de espacio; la libertad es su vida, y no puede ser un poder ciego y fatal. De aquí la necesidad de dejar al Poder Administrador cierta amplitud, ya para crear determinadas reglas jurídicas ó para adaptarlas á las necesidades variables de los pueblos y de las épocas; y de ahí

también que en todas partes el Poder Ejecutivo tenga la facultad de dictar todas las disposiciones necesarias destinadas á aplicar la ley ó á desarrollar el pensamiento del legislador.

De manera, pues, que como enseñan los tratadistas de Derecho Administrativo, la voluntad del Estado puede manifestarse ya por medio de leyes que se dan bajo la forma de mandatos incondicionales para que el pueblo haga ó deje de hacer tal cosa bajo pena de una sanción determinada, ó puede expresarse también por medio de mandatos condicionales, para cuya ejecución deben dichos mandatos ser completados por actos ulteriores de la Administración. Y en tal caso ésta contribuye á expresar la voluntad del Estado, de dos maneras: ora dictando reglamentos generales que desenvuelven pormenores no expresados en las leyes é imposibles de regular por el Poder Legislativo, ora dicta órdenes especiales para aplicar ya la ley tan sólo, ya la ley completada por el reglamento administrativo, el cual tampoco puede por sí solo prever ni resolver todos los casos de aplicación individual.

La primera de las formas de expresión de la voluntad del Estado, que hemos indicado, es sin duda la más ventajosa desde que siendo absoluta su fuerza obligatoria, y siendo también la que por su precisión menos margen deja á la arbitrariedad administrativa, es también la menos ocasionada á conflictos entre los particulares obligados al cumplimiento de la ley, y la Administración obligada á velar por ese mismo cumplimiento.

Pero por lo que antes hemos dicho, esa forma es también la menos utilizable, de donde resulta que por más que se pretenda precisar en la ley los límites de la acción administrativa, es inevitable acordar á ésta cierta elasticidad de movimiento, un cierto poder discrecional para disponer la mejor manera de aplicar el pensamiento que el legislador no pudo expresar sino de una manera general é incompleta. Y es precisamente el ejercicio de esa acción complementaria y de esa facultad de apreciación, el que con más fre-

cuencia da lugar á conflictos entre la Administración y los administrados, conflictos producidos por el desacuerdo entre lo que la primera se considera facultada ú obligada á hacer, y lo que los segundos se consideran en el caso de aceptar ó de exigir, con arreglo á los derechos que á su juicio las leyes les acuerdan.

Sin embargo, debemos reconocer que, como principio general, la voluntad del Estado expresada en cualquiera de las formas que pueden revestir sus actos de autoridad, tiene fuerza ejecutoria, y obliga por lo tanto á su cumplimiento por parte de aquellos á quienes hace referencia. No se concibe de otro modo la existencia y la eficacia de la acción administrativa. Por eso las leyes deben indicar siempre los medios de ejecución ó sean los medios coercitivos de que el Estado ó la Administración en su caso, pueden echar mano para hacer efectivas sus disposiciones contra la resistencia indebida de los obligados á cumplirlas.

Esos medios pueden ser de varias clases, y consisten ya en la imposición de la pena de arresto, como sucede por ejemplo por aplicación del artículo 19 del Código de Instrucción Criminal que faculta á la Administración para imponer arrestos no mayores de cuatro días, como ocurre también con el decreto de 13 de Agosto de 1869 que faculta á las Juntas para requerir el auxilio de la policía á fin de obligar al cumplimiento de sus disposiciones, ó como sucede igualmente con los impuestos de alumbrado y sereno que también se hacen efectivos por medio del arresto del contribuyente según los decretos de Mayo 23 de 1836 y Julio 13 de 1865; ó puede consistir también en una pena pecuniaria, como sucede con la percepción de la mayor parte de los impuestos y con muchas ordenanzas municipales; ó puede consistir en la ejecución forzosa del hecho resistido, como cuando se embargan bienes para el pago de las contribuciones adeudadas; ó en ejecutarse directamente por la Administración y á expensas del obligado omiso, lo que éste debe hacer, como ocurre con la reparación de edificios ruinosos que el propietario se resista á restaurar; ó puede con-

sistir también en el empleo de la fuerza física como sucede cuando la Administración procede á la clausura de un establecimiento que ha sido mandado desalojar por insalubre.

Pero sean cuales fuesen los medios empleados para hacer efectivo el cumplimiento de los mandatos de la autoridad, lo que interesa hacer constar es que aquéllos, ó lo que es igual, que el cumplimiento de las referidas disposiciones puede hacerse efectivo de dos modos, á saber: por la Administración misma sin perjuicio de las reclamaciones que los particulares puedan deducir ante los Tribunales, ó recurriendo la Administración á las autoridades judiciales solicitando que por éstas se haga efectivo el cumplimiento de lo que la primera hubiese dispuesto.

El primero de estos dos procedimientos es el llamado de *ejecución administrativa;* y el segundo es el de *ejecución judicial.* Aquél es el seguido, casi unánimemente, por los países europeos, mientras que el otro es el que predomina en Inglaterra y en Estados Unidos, en donde sólo por excepción se aplica el sistema administrativo, el que sólo se emplea cuando es necesario evitar demoras que pueden ocasionar grandes trastornos, como, por ejemplo, puede suceder tratándose de medidas urgentes reclamadas por la salud pública amenazada; y fuera de casos semejantes, cuando se trata del cobro de contribuciones.

Entre nosotros no existe ninguna disposición general sobre ese punto, y las de carácter especial han seguido indistintamente uno ú otro sistema, sin que pueda percibirse la existencia de un criterio uniforme y razonable en las preferencias que nuestro legislador ha tenido por cada uno de los dos procedimientos indicados. Así, por ejemplo, como casos de ejecución administrativa, podemos citar los ya recordados del artículo 19 del Código de Instrucción Criminal, del decreto de 13 de Agosto de 1863 y la Ordenanza Municipal de 20 de Febrero de 1889 relativa á edificios ruinosos, así como también las disposiciones del capítulo IV de la ley de construcciones que facultan á la Administración para hacer efectivas las disposiciones de dicha ley y para aplicar las

penas que la misma establece. Y como ejemplos de ejecución judicial, podemos citar el artículo 686 del Código Rural y 649 del Código Civil que obligan á las Juntas á entablar la acción de denuncia de obra nueva para hacer respetar la integridad de las vías públicas que fuesen invadidas por particulares, y nuestras leyes de impuestos anuales que obligan á la Administración á presentarse ante los jueces ordinarios y seguir ante éstos un juicio especial, para obtener de los contribuyentes omisos ó morosos el pago de los impuestos que adeudan y el cumplimiento de las sanciones penales impuestas para tales casos. Siendo este último ejemplo tanto más digno de notarse cuanto que en Inglaterra y en Estados Unidos, en donde predomina el sistema de ejecución judicial, para la ejecución de las leyes de impuestos se sigue precisamente el otro, estando la Administración facultada para embargar y vender los bienes del contribuyente remiso, sin intervención de ninguna otra autoridad.

Sin duda alguna que el sistema judicial es el que más garantías ofrece al derecho de los particulares, siendo acaso ese uno de los motivos que haya contribuído á que dicho sistema sea el preferido como regla general y casi absoluta, por aquellos dos países tan celosos de la libertad individual. Pero, según observa Goodnow, y la observación parece ser de todo punto exacta, la razón principal de aquella preferencia ha sido puramente histórica. En Inglaterra y lo mismo en los Estados Unidos, las funciones administrativas y las judiciales han estado durante mucho tiempo confundidas y ejercidas por unos mismos funcionarios, los Jueces de Paz. Más tarde, diferentes razones de orden político y económico produjeron la diferenciación de aquellas funciones, habiendo pasado las de carácter administrativo á ser ejercidas por funcionarios de ese mismo orden, que sucesivamente se fueron creando.

Explicando cómo esa evolución ha contribuido á establecer el sistema de ejecución judicial, dice el autor antes citado: “La consecuencia de esa interesante evolución del Juez

de Paz que, á partir de un funcionario exclusiva, ó casi exclusivamente administrativo, nos lleva á un funcionario casi exclusivamente judicial, es que, como el juez ó sus sucesores (se refiere á los tribunales de condado y otros semejantes que fueron creados más tarde), han conservado, en gran parte, en el curso de ese desarrollo, el poder de ordenar á los individuos la ejecución de cosas dadas, la Administración rara vez tiene el derecho de proceder á la ejecución de tales órdenes, sin solicitar primero de algún tribunal el poder de ejecutarlas".

En la generalidad de los países europeos, por el contrario, la diferencia entre las funciones administrativas y las judiciales, ha sido siempre mucho más pronunciada; y, tanto por eso como por la mayor importancia que se ha atribuido á las primeras de dichas funciones, así como por el deseo de darles más eficacia, se ha optado por facultar á la Administración para la ejecución forzosa de sus resoluciones, sin necesidad de acudir á autoridad judicial alguna.

Por nuestra parte, como regla general y sin perjuicio de algunas excepciones en ciertos casos especiales, el sistema de ejecución administrativa nos parece el más conforme con el carácter ejecutivo de las funciones de la Administración. Además, debe tenerse presente que no peligran con él los derechos de los particulares siempre que, cuando éstos se consideren agraviados ó indebidamente perjudicados, puedan deducir eficazmente sus reclamaciones ante la autoridad judicial, si, como después veremos, la entablada en la propia vía administrativa no diese resultado.

La facultad de reclamar en los casos á que acabamos de referirnos, no puede ser desconocida, desde que, como lo observa muy bien el profesor Posada, la Administración no actúa sino por medio de agentes personales que pueden equivocarse ó que pueden delinquir, y contra cuyos errores, contra cuyos abusos deben los particulares tener los suficientes medios de defensa. Por mucha que sea la eficacia que se quiera asegurar á la acción administrativa, no pueden los individuos quedar á merced de ella, sin menoscabo de sus

derechos más fundamentales, cuya violación es tanto más fácil y peligrosa, cuanto que procedería de quienes tienen en sus manos la autoridad del Gobierno, y una amplia esfera de acción y de poder discrecional con que fácilmente pueden usar y abusar de sus legítimas facultades.

La organización de la defensa de los particulares contra los actos de la Administración que lesionen los derechos de aquéllos ó que indebidamente perjudiquen sus intereses, corresponde á una de las fases ó categorías del control, ó más propiamente de la intervención general á que deben estar sometidos los actos de la Administración; intervención que puede ser administrativa, judicial ó parlamentaria, la primera que se ejerce de superiores á inferiores dentro de la Administración misma, con el objeto de obligar á los funcionarios á cumplir con sus deberes, ó de corregir sus actos cuando sean desacertados; la segunda, ejercida por los tribunales para la protección de los particulares en los casos que anteriormente hemos visto; y la tercera por el Poder Legislativo que por diversos medios puede influir en la política general de la Administración, y vigilar y dirigir sus actos según las exigencias del bien y del progreso sociales.

De conformidad con la índole y el objeto de este estudio, sólo nos ocuparemos de las dos primeras, empezando por la judicial.

SECCIÓN SEGUNDA

SUMARIO:—Enunciación de las diferentes formas de la intervención judicial.

La intervención judicial en los actos de la Administración puede manifestarse en una de estas tres formas: cuando el acto ha sido consumado ó la resolución ha sido cumplida, existe la acción de responsabilidad civil contra la persona de la Administración, ó lo que, para no herir la susceptibilidad de los autores que no admiten que tal responsabilidad se rija por los principios del derecho común, po-

dría llamarse recurso de indemnización contra el Estado; hay, en segundo término, la responsabilidad civil y penal contra los agentes de la Administración, autores directos del hecho indebido; y, finalmente, cuando el acto aún no ha sido ejecutado, ó la resolución no ha sido cumplida, hay la reclamación *contra el acto,* la cual tiene por objeto obtener su revocación ó, en su defecto, la reparación subsidiaria correspondiente.

Vamos á ver brevemente cuál es la importancia relativa de cada uno de esos tres recursos.

§ I

SUMARIO:—Del recurso de indemnización contra el Estado. — Condiciones de eficacia.—Discrepancias que al respecto presentan las legislaciones.—La irresponsabilidad del Estado en el derecho positivo inglés. — Atenuación de principio mediante *la petición de derecho.*—Evolución del derecho norteamericano hacia la responsabilidad,—Causas que la originaron. — Crítica del principio de la impecabilidad del Estado, y del que exige el consentimiento previo del soberano para ser llamado á juicio.—Cómo esos principios han sido abandonados por la generalidad de las naciones modernas. —Diversos fundamentos atribuidos á la responsabilidad del Estado; causas de aquellas diferencias.—Responsabilidad del Estado por los actos de sus agentes.—Inadmisibilidad de este principio en el derecho inglés y en el norteamericano —Atenuaciones; observación de Laferrière.—Doctrina generalmente seguida por las legislaciones y los autores modernos, en favor de la responsabilidad indirecta del Estado.—Fundamentos.—Distinciones hechas según el carácter del acto lesivo.—Crítica.—Observaciones de Chironi y de Meucci.—Dificultad de hacer efectiva la responsabilidad de la Administración, dada la inalienabilidad de los bienes del Estado.—Observación de Goodnow.

El recurso de indemnización contra el Estado puede tener su eficacia si se establece de una manera amplia, es decir, no sólo para los casos en que se trate de actos que se consideren como propios del Estado (caso de responsabilida directa), sino también para aquellos en que se trata de errores, omisiones ó faltas dolosas ó no, en una palabra, de actos indebidos cometidos por los agentes del Estado en el desempeño de sus funciones (caso de responsabilidad indirecta); y cuando, además, las condenaciones impuestas al Estado pueden hacerse efectivas fácilmente, ya mediante el embargo y apremio judicial, ó por otro medio igualmente breve y conducente.

Pero sobre todos esos puntos existen en la legislación y en la doctrina ciertas discrepancias que conviene hacer notar.

Hablemos en primer término de la legislación inglesa, que es la que ofrece diferencias más radicales al respecto.

El derecho positivo inglés, partiendo del principio de que *el monarca no puede hacer mal,* no admite por regla general que se entable reclamación ninguna por los actos del Gobierno que son considerados como propios del soberano. Pero ese principio no es de una aplicación absoluta, pues los ingleses pueden entablar sus reclamaciones cuando han sido autorizados en forma para ello; y hemos dicho *los ingleses,* porque según lo observa Franqueville, es dudoso que gocen de ese mismo derecho los extranjeros.

En cuanto á la forma en que aquella autorización puede obtenerse, está basada en la existencia de la *petición de derecho.* Desde tiempo inmemorial, dice Goodnow, á fin de que el privilegio del Gobierno no degenerase en una gran arbitrariedad, se permitió al individuo acudir respetuosamente en demanda de justicia ante la Corona, que era históricamente el soberano. Esa demanda que es la que constituye la *petición de derecho,* se presenta ahora al Secretario del Interior, quien la somete á la Corona, la cual resuelve con el consejo del *Attorney general* (funcionario análogo á nuestros Fiscales de Estado), quien, si juzga que hay mérito para proceder, aconseja á la Corona que autorice la acción, en cuyo caso escribe en la petición las palabras *soit droit fait,* con lo cual el asunto es llevado en la forma ordinaria ante los Tribunales.

Este procedimiento se aplicaba antes exclusivamente para reclamar la restitución de propiedades fundiales ilegalmente retenidas por la Corona; pero desde 1874, dice Franqueville, la sección del Banco de la Reina ha extendido su aplicación, reconociendo que se puede recurrir á la *petición de derecho* sea cuando exista un contrato entre el Estado y un particular, sea cuando se reclame el pago de deudas ciertas ó de daños y perjuicios; en una palabra, siempre que se

pueda alegar un derecho fundado en la jurisprudencia de equidad ó sobre el texto de una ley.

Estando, pues, todas las demandas contra el Estado sujetas á la petición de derecho, el gobierno tiene en sus manos el admitir ó no la que contra él se intente dirigir; pero como los jurisconsultos de la Corona, que son los que pronuncian el *soit droit fait* son responsables de su consejo ante el Parlamento, esa responsabilidad ha podido ser en Inglaterra una garantía contra las injusticias y las arbitrariedades á que el sistema se prestaría.

Los Estados Unidos norteamericanos habían adoptado un sistema que era análogo al que acabamos de exponer, en cuanto seguía el principio de que el soberano no puede ser demandado sin su previo consentimiento; pero como allí no se consideraba que el soberano era el Poder Ejecutivo, en vez de dirigirse ante éste la petición de derecho, la acción se entablaba directamente ante el Poder Legislativo, ya se tratase de reclamos ante la autoridad nacional ó de los diferentes Estados de la Unión.

Pero, según lo observa Goodnow, el Congreso Nacional comprendió muy pronto que su intervención en todos los reclamos que se presentaban ante él, le imponía una tarea abrumadora que le era imposible desempeñar, tarea que era además de carácter completamente judicial y en consecuencia extraña por completo á sus funciones legislativas. En vista de eso dictó la ley de 24 de Febrero de 1855 estableciendo una Corte de Reclamos para el examen de los que se entablasen contra el Gobierno de los Estados Unidos, basados en una ley ó en un contrato. Al principio la referida Corte no resolvía definitivamente los asuntos, sino que se limitaba á proyectar las decisiones, las cuales por medio de un *bill* eran sometidas á la aprobación del Congreso. Pero más tarde la citada ley del 55 fué modificada, quedando desde entonces el Tribunal de Reclamos plenamente facultado para resolver las contiendas con jurisdicción propia; y sus resoluciones apelables ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, deben ser cumplidas por el Secretario

del Tesoro, quien dispone al efecto de un crédito especial para atender al pago de las reclamaciones privadas. Posteriormente y por una ley de 1887, el sistema á que nos referimos ha sido ampliado, facultándose á los tribunales de distrito ó de circuito para entender en las reclamaciones de menor cuantía. Agregaremos ahora que la jurisdicción de la Corte de Reclamos se circunscribía principalmente á los asuntos contractuales, y que la evolución que acabamos de ver realizada en la justicia nacional aplicada á los reclamos contra el gobierno central, no ha sido uniformemente seguida por todos los Estados, muchos de los cuales conservan aún el sistema primitivo de la intervención legislativa.

La reforma iniciada en 1855 respondía sin duda alguna á una exigencia apremiante del derecho positivo norteamericano, cuya falta de garantías contra los actos lesivos de los gobernantes contrastaban con las disposiciones protectoras de la legislación monárquica de la Inglaterra, y había dado lugar á tales abusos que según lo afirma Story, "habían ocurrido casos de intolerable demora y de la más cruel dureza, en que acreedores meritorios fueron reducidos á gravosos sufrimientos, y algunas veces á una ruina completa por la demora de una justicia que sólo les fué administrada después de suplicar humildemente á la legislatura durante muchos años".

Pero conviene hacer notar que la reforma obedecía á un principio mucho más grave que el de la división del trabajo reclamada por el recargo de tareas que imponía á la legislatura su intervención en todas las reclamaciones deducidas contra el Estado. La verdadera razón que clamaba á grito herido por aquélla, era que el principio de la *impecabilidad del soberano* como decían los viejos monárquicos, ó de la impecabilidad del Estado, como dicen todavía hoy algunos republicos regalistas, y el otro principio de que el soberano no puede ser llamado á juicio por ninguna persona sin su propio consentimiento, son contrarios á los verdaderos principios de la ciencia constitucional y administrativa, á la naturaleza de las instituciones republicanas, á los fines protectores que consti-

tuyen la función primordial y necesaria del Estado, y ocasionados á los mayores abusos como lo hacía notar el mismo Story en las palabras anteriormente recordadas.

Dejemos á un lado lo de la impecabilidad del soberano, que no es sino una de tantas ficciones de las monarquías absolutas, ó el resultado de una profunda confusión entre la soberanía y el gobierno. Pero la verdad es que en las Repúblicas todavía se oye hablar hoy de la impecabilidad del Estado, y á título de que éste tiene por fin la protección del derecho, y de que no faculta á nadie para hacer mal, se sostiene que no son de él, sino *personales de los agentes que los ejecutan,* los actos con que tales agentes pueden perjudicar derechos de terceros.

No es nuestro objeto hacer ahora un estudio detenido de la responsabilidad del Estado, estudio que Dios mediante haremos en otra oportunidad; pero sí diremos que semejante teoría es completamente contraria al principio de la personalidad jurídica del Estado, cuya voluntad y cuya acción se ejercen por medio de órganos que deben desenvolverse de conformidad con ciertas reglas de derecho, pero cuyos actos y voliciones, regulares ó incorrectos, conformes ó no con aquellas reglas, son siempre, dentro de la función respectiva, actos y voliciones de la persona jurídica, por medio de cuyos órganos han sido producidos. Y precisamente porque debe observarse aquella conformidad, es que el Estado cuando se aparta de ella y lesiona los derechos de los asociados, es responsable de esa falta que es su hecho propio, porque es el acto de ese órgano por medio del cual vive y actúa, y cuyo funcionamiento no puede dividirse sin hacer imposible la vida jurídica de aquella personalidad.

En cuanto á que el soberano no pueda ser llamado á juicio por ningún particular, sin su propio consentimiento, es otro principio más ó menos explicable en las monarquías, en donde el monarca es el soberano y en su nombre es que se administra la justicia; pero es completamente inadmisible en las organizaciones democráticas. La soberanía del Estado, y en ningún caso la del Poder Ejecutivo, que jamás es sobe-

rano, en nada se perjudica porque se entable una reclamación ante un Poder que no es ningún Poder extraño, si no que es una autoridad del mismo Estado, instituída expresamente para decidir las contiendas de derecho. La soberanía, que después de todo no es sino el derecho que tiene el pueblo de organizarse como Estado independiente y darse á sí mismo las autoridades que han de gobernarlo, en nada se menoscaba porque el Estado deba responder á la reclamación de un ciudadano que tiene sus derechos que hacer valer, y que el primero debe respetar y proteger, cualquiera que sea la causa ó el origen de esos derechos.

De acuerdo con estas ideas, la mayor parte de las legislaciones admiten la responsabilidad del Estado sin ningún requisito previo, por los actos que consideran como propios de aquella entidad jurídica. Lo único que es del caso notar es que reina en los autores y en la jurisprudencia cierto desacuerdo con respecto á los fundamentos de dicha responsabilidad, desacuerdo al cual contribuye en gran parte la distinta naturaleza de los hechos que pueden originar las acciones de los reclamantes. En efecto: prescindiendo de los actos que por su naturaleza no dan derecho á recurso alguno, como sucede, por ejemplo, con los actos de los Poderes Legislativo y Judicial, y aún algunos del Poder Ejecutivo, que ciertos autores y legislaciones llaman actos de gobierno, de todos los cuales nos ocuparemos más adelante; prescindiendo de eso, decimos, entre los actos generalmente reconocidos como ocasionados á responsabilidad y por lo tanto á la indemnización consiguiente, hay algunos que son perfectamente regulares y legítimos, como son, por ejemplo, la expropiación y la ejecución de los trabajos públicos, actos ambos que pueden ocasionar daños cuya indemnización no puede ofrecer duda alguna; hay otros que son ilegítimos, y entre éstos debe también distinguirse los que tienen el carácter de faltas contractuales y los que constituyen faltas extracontractuales, como son las que entrañan la violación de un derecho adquirido por ley ó por cualquier otro título que no sea directamente el contrato.

No es extraño, pues, que tratándose de actos de tan distinto carácter, sean también varias las opiniones de los autores, sobre los fundamentos de la responsabilidad que en cada uno de esos casos haya de tener el Estado. Así, mientras unos niegan que pueda aplicarse á aquél los principios del Código Civil, y han seguido teorías especiales de derecho público, en cuyo caso están, por ejemplo, Hauriou que defiende una muy ingeniosa fundada en el seguro mutuo de los administrados contra los riesgos de los accidentes administrativos; Vachelli con su teoría de la justicia distributiva y la justicia reparativa, y Zachariæ que sostiene á su vez otra según la cual el Estado garante la legalidad de los actos de la Administración en cambio de la obediencia que los particulares deben prestar á dichos actos, otros admiten la aplicabilidad de los principios del derecho común sobre la culpa, ya sea los de la culpa directa como los de la indirecta. Entre éstos merece citarse muy especialmente al tratadista Aquiles Mestre en su reciente obra sobre *Les persones morales et le probleme de leur responsabilité penale,* en la cual sostiene la culpabilidad directa del Estado, y al ilustre profesor Meucci que en su conocido tratado de "Diritto Administrativo" sostiene ardientemente la responsabilidad del Estado por los actos de sus agentes. Y todavía es del caso mencionar los que admitiendo la aplicación de los principios generales de la culpa á los actos que consideran propios del Estado, sostienen que tales principios no bastan á explicar la responsabilidad de aquél por actos que como la expropiación ó la ejecución de los trabajos públicos son perfectamente legítimos, y adoptan para estos casos una teoría especial fundada en la repartición equitativa de las cargas públicas. Es la doctrina sostenida por Laferrière en su "Traité de la jurisdiction Administrativa et des recours contentieux".

Pero por uno ú otro de esos caminos, que nosotros no podemos apreciar ahora porque no tratamos especialmente de la responsabilidad del Estado, es ésta generalmente reconocida, con respecto á los actos que se consideran como propios de la Administración, en cuyo caso están principalmente los

actos y las faltas contractuales; pero con respecto á los que no tienen ese carácter hay también sus discusiones, sobre los que deben considerarse como propios del Estado, ó personales de los funcionarios, como en seguida vamos á verlo.

Dijimos anteriormente que el recurso de indemnización contra el Estado como garantía de los particulares, debe comprender también los casos de responsabilidad indirecta de la Administración por los actos de sus funcionarios.

A este respecto la doctrina más generalmente seguida por las legislaciones positivas es la que admite tal responsabilidad, si bien con más ó menos restricciones.

Como en el caso anterior, se exceptúan de esa regla la Inglaterra y los Estados Unidos, á quienes el principio ya conocido de la imperabilidad del soberano *(the king cau do not wrong)* lleva á establecer la irresponsabilidad del Estado por los actos de sus funcionarios. Se admite, sin embargo, en Inglaterra, y según una decisión del Consejo Privado de los Lores, citada por Laferrière, que cuando un funcionario es condenado por actos ejecutados en cumplimiento de órdenes superiores, el Estado se halla moralmente obligado á indemnizarlo; y esa obligación moral, según afirma Goodnow, se convierte á veces en obligación legal, como sucede por ejemplo cuando un recaudador de Aduanas cobra á un introductor una cantidad que exceda de los derechos legales, en cuyo caso el individuo puede reclamar contra el recaudador, y la ley obliga al Gobierno á indemnizar á este último. Otro tanto ocurre en los Estados Unidos en donde según el mismo autor, á pesar del principio de la irresponsabilidad, parece reconocerse que no sólo en sus organizaciones locales sino también en la central, le es permitido indemnizar á sus funcionarios por la responsabilidad en que incurran cumpliendo *bona fide* sus deberes.

Como se ve, la excepción á la irresponsabilidad en los dos países que acabamos de citar, favorece exclusivamente á los funcionarios, pero en manera alguna aprovecha á terceros á quienes no les es dado accionar directamente contra el Estado por los actos de sus agentes. Pero la regla general-

mente seguida por los autores y las legislaciones es la contraria, según la cual el Estado responde de las faltas cometidas por sus agentes en el desempeño de su función ; si bien es verdad que hay la tendencia á eliminar dicha responsabilidad cuando los actos lesivos han sido cometidos en el ejercicio de funciones que el Estado desempeña como Poder público, y admitirla tan sólo cuando se trata de funciones que ejerce en la gestión de los servicios públicos ó como persona privada. En este último caso la aplicación de los principios del Código Civil es unánimemente aceptada. Pero en el otro hay sus discrepancias sobre si la responsabilidad del Estado se funda en esos mismos principios ó en otros especiales y también podríamos agregar más *acomodaticios.* Así, por ejemplo, mientras Meucci sostiene con una lógica indestructible la indivisibilidad de la representación del Estado por sus agentes, y aplica invariablemente á la Administración los principios del derecho común sobre la responsabilidad indirecta, Laferrière observa que si bien la jurisprudencia francesa admite la responsabilidad del Estado por las faltas que cometen sus agentes en la gestión de los servicios públicos, no lo hace en virtud de los artículos 1382 y 1384 del Código Civil, cuya aplicación no se admite, por haber parecido injusta para el funcionario cuyo patrimonio no debe ser sacrificado á los riesgos de su profesión, y peligroso para el Estado, cuyos actos serían discutidos continuamente ante los tribunales con ocasión de los procesos seguidos contra sus funcionarios, sino en mérito de este principio: no siendo justo que los particulares lesionados por las faltas ó los errores de los funcionarios, sean víctimas de los accidentes de que el servicio público es la causa ó á lo menos la ocasión, es conforme á la equidad que la responsabilidad del Estado se sustituya ó se agregue en ciertos casos á la del funcionario.

La verdad es que todas esas distinciones fundadas en la naturaleza de los actos, y toda esa apelación á principios especiales que no existen, no tiene más objeto que dejar una puerta de escape para librar al Estado de toda responsabilidad según las conveniencias de cada caso, pero no según

principios fijos que no los ha establecido la jurisprudencia, ni según principios de carácter realmente científico, pues la distinción entre actos de Poder público, actos de gestión y actos de persona privada, además de ser difícilmente precisable sobre todo en los dos primeros casos, es completamente arbitraria, pues en primer término como muy bien lo observa Chironi y lo hace notar también Meucci, el Estado, ente jurídico y no político, no sería Estado por cuanto le faltaría la razón de su existencia; el Estado es una persona esencialmente pública puesto que tiene su razón de ser en un interés público en cuyo fin opera siempre, y fuera del cual dejaría de existir y se volvería una pura contradicción. Y en segundo lugar tal distinción tampoco puede tener importancia alguna á los efectos de aceptar en unos casos y rechazar en otros la responsabilidad indirecta del Estado, pues como brillantemente lo demuestra el profesor Meucci, la representación ejercida por el funcionario es indivisible, es la misma en todos los casos y debe tener para el Estado las mismas consecuencias siempre que el agente obre dentro de su función respectiva; por donde llega el citado autor á la conclusión que encierra el siguiente dilema: ó responsabilidad del gobierno siempre, ó siempre irresponsabilidad no sólo del gobierno sino de sus funcionarios.

Por lo que se refiere al modo de hacer efectivas las condenaciones dictadas contra la Administración, la inalienabilidad de los bienes del Estado hace imposible que pueda seguirse contra aquél la vía de apremio; de manera que si el Poder Ejecutivo no tiene fondos disponibles deberán solicitarse del Cuerpo Legislativo. Ese es el procedimiento general, pues son muy raros los casos en que, como sucede en algunas partes de Alemania y en algunos Estados de la Unión Americana, según lo observa Goodnow con el testimonio de Sarwey y de Dillón, la ley permite la ejecución por el procedimiento ordinario, debido sin duda á que las Administraciones poseen como personas jurídicas ciertos bienes de carácter puramente fiscal no declarados inembargables como lo están

entre nosotros, y de que no hacen uso para los servicios públicos que tienen á su cargo.

§ II

SUMARIO:—Responsabilidad de los funcionarios públicos.—Dificultades opuestas en la práctica á la aplicación de ese recurso.—Ejemplos de la Inglaterra, de los Estados Unidos norteamericanos y de la Francia en lo que á la responsabilidad de los ministros se refiere.—Responsabilidad de los funcionarios inferiores. — Importancia que le atribuye Gianquinto. — Medios adoptados para dificultarlas.—La *garantía administrativa* de los funcionarios públicos.—Explicación histórica de este principio.—Razones de orden político y administrativo alegadas en favor de las legislaciones que aún lo conservan. — El principio de la división de los Poderes. — Demostración de que no se vulnera con la persecución judicial del funcionario sin la autorización previa de su superior, y sí cuando se exige ese requisito. — Demostración de que no existen tampoco los inconvenientes administrativos que se indican. — Observación de Stein — Doctrina de la legislación y la jurisprudencia belgas. — La obediencia jerárquica. — Breve examen de este principio como causa eximente ó atenuante de responsabilidades.

La responsabilidad de los funcionarios públicos hemos dicho que es otra de las garantías de los particulares, por cuanto constituye también otro medio de reparar el perjuicio causado por los actos lesivos realizados por los agentes de la Administración.

Pero ese medio es en realidad menos seguro y menos eficaz aún que el anterior. Concretándonos á la responsabilidad civil de los funcionarios para con los particulares, que es una de las varias clases de responsabilidad á que aquéllos están sujetos, pero la única que nos interesa á los fines de este estudio, cabe observar, desde luego, que á pesar de las concluyentes declaraciones que al respeto se establecen en la legislación positiva de casi todos los países, en la práctica ha estado ella muy lejos de aplicarse con la facilidad que sería deseable, pues por una razón ó por otra se han encontrado y adoptado diversos medios de atenuarla, de dificultarla y hasta de impedirla, haciendo así completamente ilusoria la garantía de los terceros perjudicados.

En efecto: si se trata de los funcionarios superiores que en este caso son los ministros, pues el jefe del Ejecutivo

en las monarquías es inviolable y en las repúblicas está generalmente amparado por el principio que lo hace sólo enjuiciable ante el Poder Legislativo, nos encontramos con que en los países en donde es fama que los ciudadanos gozan de mayores garantías, en Inglaterra, en donde como lo dice Franqueville, lo esencial de su constitución es que todos los ciudadanos desde el último mendigo hasta los príncipes de sangre sean absolutamente iguales ante la ley, en donde no hay ni tribunales de excepción ni leyes generales ó especiales que permitan á un agente del Poder escapar á la responsabilidad de sus actos, allí en donde entre los principios del *common law,* figura como una de las principales reglas de buen gobierno y de justicia distributiva, la de que no hay mal alguno para el cual no exista un remedio, *no wrong without á remedy;* en Estados Unidos en donde según lo atestigua Story se considera como un derecho natural en todo país libre, el que los ciudadanos puedan acusar á los funcionarios públicos ante los tribunales ordinarios y éstos tengan el derecho de condenarlos; en aquellos dos países clásicos de las libertades públicas, los tribunales se han inclinado de tal modo á la Administración, que según lo afirma Goodnow, han hecho completamente imposible proceder por daños contra los más altos funcionarios del Estado; observación que el mismo autor confirma con una transcripción de Mr. Todal en su *Parlamentary Governement,* y que nosotros hemos visto confirmada en Gneist, cuyo autor hace notar, sin embargo, que en Inglaterra aquella preferencia está suplida con la responsabilidad política de los ministros ante el Parlamento.

Y en Francia, en donde como entre nosotros sucede, la Constitución no dice nada sobre el particular, los precedentes legislativos y las conclusiones de la jurisprudencia, son completamente contrarios, como lo demuestra Laferrière, á toda idea de que puede existir fuera de la responsabilidad política y la penal que de ésta puede resultar, otra responsabilidad ante los tribunales ordinarios, que permita someterles, á petición de cualquier particular, el ejercicio mismo de la función ministerial.

La responsabilidad de los funcionarios públicos queda así reducida en la práctica, á los que dependen de los Ministerios respectivos. Esto no importa un inconveniente mayor en opinión de algunos autores que, como Gianquinto, consideran que esa responsabilidad es la más utilizable, la más importante y la más necesaria, porque son esos agentes secundarios los que están más perennemente en contacto con los particulares, y los que tienen por lo mismo muchas y más variadas ocasiones de faltar, tanto más fáciles cuanto más lejos están ellos del poder central, siendo esa la explicación de que "los más grandes tiranos del pueblo se encuentren en los más pequeños agentes del Poder". Pero por más fundada que sea esa opinión, ella depende ante todo del grado de descentralización que impere, ó lo que es igual, de la independencia de que gocen tales funcionarios y de la autoridad que ejerzan sobre ellos sus superiores, quienes si están facultados para invocar ó confirmar los actos de los subalternos, pueden, si los confirman, quitar toda base á la responsabilidad que se pretendiera exigir de los últimos.

Pero aparte de eso, la misma responsabilidad de los agentes secundarios ha encontrado en la práctica, en la legislación y en la doctrina, atenuaciones y limitaciones importantes que llegan hasta hacerla completamente imposible.

En varios Estados de la Europa continental rige todavía el principio de que los funcionarios de la Administración no pueden ser demandados ante la autoridad judicial por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin la autorización previa de su superior jerárquico ó de la autoridad administrativa superior.

Este principio que constituye lo que se llama *la garantía constitucional ó administrativa de los funcionarios públicos,* tuvo primero una explicación histórica fundada en la reacción de la monarquía contra el feudalismo, y más tarde en la necesidad de facilitar y consolidar la obra revolucionaria.

"La lucha con el feudalismo", dice Goodnow, "estaba en toda su fuerza, y lo más expuesto á los ataques de los Prín-

cipes del continente eran los derechos privados de los señores feudales, ó lo que ellos miraban como sus derechos privados. Ahora bien: los tribunales imperiales de Alemania y los tribunales reales de Francia se componían de jueces que poseían sus puestos con independencia del Emperador, de los Príncipes ó del Rey; en Alemania porque los elegían los Estados, y en Francia porque las magistraturas de los tribunales ordinarios se compraban, vendían y trataban como propiedad privada. Así, pues, la conservación del principio de la responsabilidad de los funcionarios ante esos tribunales habría impedido á los Reyes destruir el sistema feudad con todos sus abusos y pretendidos derechos y hubiera hecho imposible en el continente el desarrollo del Estado nacional".

Más modernamente la Francia, á pesar de haber establecido en el artículo 24 de la Constitución del 93 que las garantías sociales no podían existir si los límites de las funciones públicas no estaban claramente fijados en la ley, y si no se aseguraba la responsabilidad de los funcionarios, conservó el principio de la autorización previa, estableciendo, en el artículo 75 de la Constitución del 22 de Frimario del año VIII, que ningún particular podía recurrir ante los tribunales contra un funcionario administrativo, sin que el Consejo de Estado hubiese autorizado previamente la demanda, después de examinar si el funcionario aludido había obrado ó no fuera de sus atribuciones.

Fué ese también un medio de facilitar y consolidar la obra revolucionaria, sustrayendo la acción administrativa á los fallos de los tribunales, inclinados más bien á la protección de las clases privilegiadas que la Revolución se había propuesto destruir. Pero si el principio fué ventajoso de ese punto de vista, fué todo lo contrario para las garantías de los particulares, puesto que en la práctica llegó á hacer desaparecer por completo toda responsabilidad en los agentes de la Administración.

Con ese motivo empezó á sentirse la necesidad de reaccionar contra tan funesto sistema, y sus opositores trataron de demostrar que ya no existía la razón política que lo ha-

bría podido justificar en otra época, ni era tampoco requerido para garantir la división é independencia de los Poderes. Esta propaganda tuvo su éxito, y después de la caída del Imperio, se abolió el citado artículo 75 por el decreto de 19 de Septiembre de 1870, decreto que, sin embargo, en la práctica no ha dado á los tribunales ordinarios amplitud de facultades para juzgar los actos de los funcionarios, porque se ha entendido y así lo ha resuelto el tribunal de conflictos, que la división de los Poderes, que es uno de los principios fundamentales del derecho constitucional francés, impide que los tribunales ordinarios aprecien la legalidad de los actos administrativos. Y se comprende que en tales condiciones, la aplicación de la responsabilidad es completamente insegura, pues basta la promoción de un conflicto—recurso de que nos ocuparemos más adelante—para que, à título de la inhabilidad judicial para juzgar los actos de la Administración, queden los tribunales ordinarios impedidos de intervenir en la acción deducida contra un funcionario administrativo.

Este mismo principio de la división de los Poderes, así como la necesidad de proteger á los funcionarios contra persecuciones judiciales por errores acaso perfectamente explicables por la complejidad de los hechos ó de las circunstancias en que aquéllos deben actuar, ó inspirados por un espíritu de oposición, de malevolencia ó de venganza, persecuciones que ocuparían toda la atención de los agentes distrayéndolos de sus tareas oficiales, ó que paralizarían su actividad intimidándolos, y que de todos modos menoscabarían su autoridad, tales son las dos razones que invocan en favor de la autorización previa, las legislaciones que aún conservan ese requisito, tales como la española—artículo 77 de la Constitución—y la italiana—artículos 8.º y 139 de la ley comunal y provincial de 10 de Febrero de 1889.

Pero ambos fundamentos carecen de valor alguno.

Desde luego es de observarse que si la persecución judicial de un funcionario sin la autorización de su superior, atacare la división de los Poderes, el mal no se remediaría con

el requisito de que tratamos, y lo único que entonces se conseguiría sería producirlo en sentido inverso, es decir, que en vez del Poder Judicial invadir las funciones administrativas, sería la Administración la que invadiría y coartaría las funciones judiciales, porque eso y no otra cosa importaría hacer depender la acción de la justicia, del permiso previo que la autoridad administrativa podría dar ó no libremente.

Pero es que en manera alguna se ataca la división de los Poderes cuando se somete á los funcionarios administrativos á la responsabilidad judicial sin el requisito previo á que nos referimos.

No se extralimita en sus funciones el Poder Judicial sino que procede dentro de su legítima acción, cuando interviene y sentencia en una contienda de derecho seguida por un particular contra un funcionario de la Administración. Por otra parte, mal puede haber invasión de las funciones del Poder Administrador en ese caso en que se trata simplemente de una acción personal contra el empleado, cuando como lo veremos al tratar del recurso llamado hasta hoy de lo contencioso-administrativo, ni siquiera la hay en los reclamos interpuestos no contra el funcionario sino contra el propio acto administrativo, en cuyo caso los jueces sin invocar ni alterar en forma alguna dichos actos, se limitan en virtud del referido recurso á fallar sobre los efectos jurídicos que con respecto al demandante tiene el acto administrativo reclamado.

Por lo demás, si es cierto que el error puede ser muchas veces explicable en los funcionarios públicos llamados á aplicar leyes y reglamentos en que como dice muy bien Franconi, el derecho no es detalladamente ni definido ni definible, eso será una circunstancia que podrá influir en la medida de la responsabilidad, pero que en ningún caso justificaría el sometimiento de la acción judicial á la voluntad previa de la autoridad administrativa. Ni es tampoco cierto que sin la garantía de que tratamos queden los funcionarios públicos expuestos á continuas demandas que los distraigan de sus tareas, paralicen su acción y menoscaben su autoridad. En

una Administración bien organizada no pueden ser tan frecuentes los juicios de responsabilidad, á menos que se trate de juicios temerarios que pueden prevenirse perfectamente con sanciones oportunas y eficaces contra esa clase de litigantes; todo es cuestión de reglamentar la responsabilidad de los funcionarios y los juicios que á ella se refieran. Y finalmente, jamás un funcionario consciente puede volverse indolente é inactivo por temor á responsabilidades en que no puede incurrir mientras cumpla con su deber; y por otra parte, la facultad de ser llamado á juicio libremente, tiene un efecto eminentemente moralizador y dignificante para el funcionario, á quien estimula en el cumplimiento de sus obligaciones, á quien hace más dueño de sus actos, más esclavo de la ley y por estos medios más inaccesible á las indebidas complacencias, á toda servil sumisión para con sus superiores; todo lo cual lejos de menoscabar la autoridad del empleado, la hace mucho más digna y respetada. "El alto concepto en que es tenido el alto funcionario público en Prusia y generalmente en toda la Germania, dice Stein, se debe principalmente á la responsabilidad á que está sujeto. Este sentimiento enaltece la dignidad humana, mejora al individuo, lo hace dueño de sí, y despierta la confianza de los administrados".

Sin embargo, parece que aún en Bélgica, en donde el artículo 24 de la Constitución de 1831 prohibe limitar en forma alguna toda acción de responsabilidad contra los agentes administrativos, la jurisprudencia ha creído necesario moderar aquel sistema, de acuerdo con las ideas encerradas en las siguientes palabras que Laferrière transcribe de M. de Foots:

"Los funcionarios no pueden ser responsables de los daños que ellos causan por una interpretación aún errónea de la ley, siempre que ella sea racional y de buena fe. Si fuese de otro modo, la administración sería imposible y la sociedad correría el riesgo de no ser gobernada por falta de administradores".

Y observa Laferrière que de acuerdo con esas ideas la jurisprudencia asimila la responsabilidad de los funcionarios

administrativos á la de los magistrados y funcionarios judiciales, y en consecuencia, no la admite sino en los casos de robo, fraude ó negligencia grave que hubiese causado un daño.

Otro principio que también atenúa y—en el concepto de muchos—suprime por completo la responsabilidad del funcionario, es el de la obediencia jerárquica ó sea la que los funcionarios inferiores deben prestar á las órdenes de sus superiores. A este respecto reina también en la doctrina y las legislaciones positivas el más completo desacuerdo, puesto que, á juicio de algunos, el inferior debe obedecer siempre á las órdenes de su superior, sobre quien, en consecuencia, debe caer todo el peso de la responsabilidad de los actos que hubiese ordenado. Otros, colocándose en el extremo completamente opuesto, establecen que el inferior no debe obedecer jamás un mandato irregular, siendo, si lo obedeciese, responsable, conjuntamente con su superior, de las consecuencias del acto ejecutado. Y hay, por fin, una teoría intermedia que resuelve la cuestión según el grado de irregularidad, es decir, distinguiendo entre legalidad manifiesta y legalidad dudosa. El primer sistema es seguido por la legislación francesa y la italiana; el segundo por la inglesa y la norteamericana, y el tercero por la legislación española.

Sin duda alguna, y como lo establece nuestro Código Penal, la obediencia debe ser una causa eximente de responsabilidad, pero, como lo dice el mismo Código, ha de ser la obediencia *debida*, pues si no tiene este carácter es claro que aquélla no puede servir de justificación alguna. Ocurre preguntar entonces: ¿cuándo es debida la obediencia?

Sostener que lo es siempre, pretender que el subalterno debe obedecer absolutamente en todos los casos, porque, de lo contrario, se trabaría ó se anarquizaría la Administración, ó se expondría al empleado á malquistarse con su superior ó á continuas reclamaciones de terceros, es pretender algo que ni siquiera en el orden militar sería admisible, pues como muy bien lo dice Rossi, si á un jefe de un regimiento ó

de una compañía que va tranquilamente por las calles de una ciudad pacífica, se le ocurre ordenar á sus soldados que hagan fuego sobre los transeuntes, ese jefe, si no fuese loco, sería un asesino, y asesinos serían también los soldados que obedeciesen una orden tan criminal.

Pues bien, semejante obediencia, que ni siquiera sería admisible dentro de la rigurosa disciplina militar, es en el orden civil moralmente imposible, jurídicamente absurda, políticamente atentatoria, y administrativamente inútil y perjudicial.

Moralmente imposible, porque convertiría al hombre en una máquina, en un instrumento material de ejecución, siendo así que el hombre no pueda razonablemente dejar de ser hombre, es decir, un ser inteligente y libre, consciente y responsable de sus actos. Jurídicamente absurda, porque no se puede tener la obligación de obedecer á lo que no se tiene el derecho de mandar, y no se tiene el derecho de mandar lo que es contrario al fin de la autoridad ó de la función que se ejerce y á los principios que regulan su ejercicio. Políticamente atentatoria, porque se facilitaría á los superiores la comisión de toda clase de injusticias que los subalternos ejecutarían escudados tras de su irresponsabilidad, y los superiores podrían ordenar al amparo de una impunidad tanto más segura cuanto más elevada fuese su jerarquía. Y administrativamente inútil y perjudicial, porque el ejemplo de la Inglaterra y de los Estado Unidos norteamericanos demuestra bien claramente que no se traba ni se anarquiza la Administración con la responsabilidad de todos los funcionarios; y ese hecho que la experiencia demuestra, se explica racionalmente, porque como el agente debe soportar las consecuencias de una desobediencia inmotivada, lejos de tener un aliciente para la insubordinación, lo tendría siempre para no exponerse á la sanción de los deberes que su cometido le impone.

Como medio de ordenar la Administración, la obediencia absoluta es, pues, inútil; pero es también perjudicial porque conduciría á formar el personal de aquélla con elementos in-

feriores que serían los únicos que se prestarían á convertirse en instrumentos ciegos y á sacrificar incondicionalmente su dignidad personal á las órdenes y deseos de sus superiores.

Y en lo que se refiere á la situación personal del empleado á consecuencia de la resistencia que pudiese oponer al cumplimiento de las órdenes de sus jefes, lo que interesa, como dice Gianquinto, es que el empleado esté perfectamente garantido contra las posibles venganzas de aquéllos, y las denuncias temerarias y calumniosas de terceros.

¿Quiere decir todo esto que los empleados ó funcionarios subalternos no puedan defenderse nunca con la obediencia jerárquica y que por lo tanto deban ser responsables en todos los casos como lo establece la otra teoría extrema? Lejos de eso. La obediencia á toda orden legal ó que deba presumirse así, es un principio no sólo perfectamente racional y justo sino hasta *necesario*, y en tal concepto puede justificar perfectamente los actos que en su virtud se ejecuten. Pero no sucede lo mismo cuando se trata de mandatos ilegales, porque entonces lo racional y necesario, no es la obediencia sino la resistencia, porque sólo así se puede ser fiel al cumplimiento de la ley, que es el primer deber de los subordinados como de los superiores.

La cuestión se reduce entonces á saber cuándo una orden es legal y cuándo no lo es. Tal es el problema que se impone á la resolución del funcionario consciente que debe ejecutar lo mandado. La resolución de ese punto le será fácil en algunos casos, como por ejemplo cuando la orden es extraña á las funciones que desempeña el superior, en cuyo caso éste habría procedido con incompetencia; ó cuando como dice Posada, la orden del superior estuviera fuera del contenido del empleo, fuera del cual desaparece toda relación de superior á inferior, ó cuando no se hubiesen llenado los requisitos legales, porque como observa Orlando, cuando para dictar una orden ó resolución se requieren formas especiales, el empleado no puede estar obligado á obedecer cuando esas formas no se han llenado.

Pero la cuestión no se resuelve con la misma facilidad en

muchos otros casos en que la ilegalidad, y muy especialmente si es de fondo, no se presenta con caracteres tan marcados y ostensibles. Entonces el punto á resolver es este otro: ¿puede razonablemente exigirse del empleado la capacidad técnica necesaria para resolver con acierto la cuestión? La negativa no nos parece que pueda ser cuestionable, y esto nos lleva á aceptar con la generalidad de los autores la teoría intermedia, ó sea la que distingue entre la ilegalidad evidente y la ilegalidad dudosa, admitiendo la responsabilidad del funcionario en el primer caso, y negándola en el segundo, porque en la duda el acto debe presumirse legal, desde que razonablemente debe suponerse en el superior el conocimiento bastante de sus deberes y sus facultades.

Sin embargo, Orlando, quien se muestra muy radical en la materia, califica esta distinción, de *infeliz* y peligrosa, porque dice: "la ilegalidad existe ó no, y no puede hacerse depender del criterio subjetivo de cada uno". Sin duda alguna, contestaremos nosotros, objetivamente consideradas las cosas, son lo que son, independientemente del juicio de cada uno, y es también indudable que los hombres deben ajustar sus juicios á aquella realidad, en lo cual consiste precisamente la verdad subjetiva que según se enseña en buena lógica es la conformidad del entendimiento con la cosa. Pero también es cierto que ese conocimiento de la verdad objetiva no siempre es igualmente fácil, no siempre aquella verdad se impone al entendimiento humano con igual grado de evidencia, y por lo tanto no todas las verdades son igualmente comprensibles; de manera que aplicando esa doctrina á nuestro punto concreto, no todos los casos de legalidad ó ilegalidad de una orden son igualmente apreciables. Y como esa apreciación según el concepto general, es la que puede hacer *debida* ó *no* la obediencia del empleado, tienen razón los que sostienen que para apreciar dicha obediencia, es necesario ver si la ilegalidad de la orden se impone con caracteres manifiestos, ó puede ser generalmente discutida, y por lo mismo de un carácter dudoso, duda que como antes hemos dicho, debe ser resuelta por presunción, en favor de la legalidad del acto del superior.

§ III

SUMARIO:—Recurso legislativo.—Su improcedencia.—Principales casos de aplicación entre nosotros.—Destitución irregular de los empleados públicos.—Intervención que en esos casos corresponde al Senado. — Demostración constitucional de que no tiene la facultad de reponer ni ordenar la reposición de los empleados indebidamente destituídos.—Inconvenientes que semejante facultad ofrecería del punto de vista de la justicia y de la buena organización administrativa. — Inhabilitación en que incurriría el Senado para el ejercicio de sus funciones en el juicio político.—Confirmación de la doctrina por el examen de las facultades que en los casos análogos tiene la Comisión Permanente.—Doctrina confirmatoria de la Constituyente Norteamericana. — Única función que en los casos indicados corresponde al Cuerpo Legislativo.—Recurso que en su interés particular pueden deducir los empleados de que se trata. — Improcedencia de la intervención legislativa en los casos de denegación de pensiones solicitadas con arreglo á la ley.—Recurso que en ese caso corresponde al damnificado.

No debemos pasar adelante sin hacer algunas breves consideraciones sobre otro recurso contra los actos de la Administración, usado con mucha frecuencia entre nosotros, pero que no deja de ser por eso una verdadera novedad en los dominios de las ciencias constitucional y administrativa, una peculiaridad de nuestra idiosincracia jurídica, tanto más original cuanto que no sólo no se halla autorizado por ley alguna, sino que contraría preceptos expresos de nuestra organización política y de nuestro Código Fundamental.

Nos referimos á la apelación deducida ante el Cuerpo Legislativo; y aunque las cuestiones que esa apelación plantea salen en realidad de nuestros dominios para entrar en los de la ciencia constitucional, no podemos dejar de decir algunas palabras sobre ella, dada la estrecha atingencia que tiene con la materia principal de que tratamos.

El recurso legislativo, diremos así, se ha empleado y se utiliza todavía principalmente en dos casos: en el de destitución indebida de los empleados públicos, y en el de denegación de pensiones pasivas.

En este mismo momento tenemos á la vista una solicitud que ha sido presentada al Senado por un empleado que se considera indebidamente destituído, solicitud cuyo petitorio

dice: "Bajo todos conceptos es, pues, un acto de reclamada reparación y justicia, *que se me reponga en mi empleo, y debe V. H. resolverlo así, comunicándolo al Poder Ejecutivo para su cumplimiento".*

Para nosotros es fuera de toda duda que ese petitorio es completamente improcedente. El Senado no puede reponer ni mandar al Ejecutivo que reponga empleado alguno, ni aún á título de que ha sido inconstitucionalmente destituído; y no lo puede, porque el Senado, como cualquiera de las ramas del Cuerpo Legislativo, y las dos juntas, no pueden hacer sino aquello para lo cual están expresamente facultadas por la Constitución de la República. Y no hay en ése Código Político disposición alguna que faculte á aquel Alto Cuerpo para dictar resoluciones semejantes; de manera que no podría dictarlas sin incurrir en una extralimitación de facultades, y lo que es más, sin invadir las funciones propias del Poder Ejecutivo; y por lo que al Senado se refiere, sin inhabilitarse para el ejercicio de funciones que le están expresamente encomendadas.

Y esto es evidente. El artículo 81 de la Constitución establece que la designación de los empleados públicos, su nombramiento y destitución, son actos privativos del Poder Administrador, actos que deben ser realizados con tales ó cuales requisitos, que serán ó no llenados, pero cuya falta no podrá tener la virtud de facultar á otra autoridad para anular ni revocar lo que el Ejecutivo ha hecho en virtud de facultades propias, que podrán ser bien ó mal ejercidas, pero que aún en este último caso, no dejan por eso de ser sus facultades, ni pasan por eso á ser funciones del Senado. Éste no es jamás un tribunal de casación ni de apelación para anular ó para revocar, en tal ó cual sentido, los actos del Poder Ejecutivo.

Es cierto que constitucionalmente ese Poder no puede decretar la destitución de un empleado por omisión ó ineptitud, sin la venia del Senado, lo que quiere decir que si no se llena ese requisito, el Ejecutivo habrá cometido una infracción constitucional. Pero no hay en nuestro Código Polí-

tico ningún precepto por el cual, cuando el Poder Administrador cometa aquella infracción, esté autorizado el Senado para anular ó revocar lo hecho por el Ejecutivo en dicha forma irregular. Y siendo así, no puede aquella rama del Cuerpo Legislativo arrogarse facultades que la Constitución no le da, y menos puede invadir las funciones del Ejecutivo dictando providencias gubernativas ó administrativas, como sería por su naturaleza la que repusiera al empleado destituído, y *destituyese*, por el hecho, al que hubiese sido nombrado para llenar la vacante producida.

Esa misma destitución, que sería implícitamente ordenada por el Senado, puede presentar para su cumplimiento graves dificultades que constituyen otro argumento muy atendible contra la doctrina que combatimos. ¿Cómo se destituye ese empleado que lleva ya en el desempeño del empleo acaso un año ó más, porque estos asuntos no se resuelven de inmediato? Se dirá, acaso, que no hay dificultad ninguna; que ese empleado es un intruso que ha entrado sobre la base de una resolución irregular. Pero convengamos desde luego en que no puede razonablemente pretenderse que el Poder Ejecutivo, cuando nombre un empleado, deba hacer constar que el anterior ha salido *constitucionalmente,* ni puede tampoco exigirse que el que reciba un nombramiento esté obligado á averiguar previamente á su aceptación, cómo, cuándo y por qué salió su predecesor, para saber si salió de un modo regular, y si por consiguiente su nombramiento es correcto y puede aceptarlo sin inconveniente. El nombramiento debe razonablemente suponerse que ha sido hecho en forma, y por lo tanto es preciso confesar, que si el empleado que en esas condiciones entra á ocupar un puesto en la Administración pública es un *intruso,* será, por lo menos, un intruso de muy buena fe, y digno, por lo tanto, de la protección que ésta merece.

Pero se replicará diciendo que más protección merecía su predecesor que había sido inconstitucionalmente destituído. Perfectamente; pero ese predecesor tiene el recurso que tienen todos los particulares contra los actos de la Adminis-

tración que lesionan derechos adquiridos, recurso que estudiaremos en los capítulos siguientes, mientras que el reemplazante que sería destituído en virtud de una resolución del Cuerpo Legislativo, pagaría una culpa que en manera alguna le sería imputable, y la pagaría sin remedio, porque, como luego veremos, esas resoluciones lo mismo que las de la cosa juzgada, se presumen siempre y de una manera absoluta, la expresión exacta de la verdad y del derecho, y en tal concepto no dan lugar á reclamación alguna.

Esta es, diremos así, la faz justiciera del conflicto. ¿Y la faz administrativa? Convenido que cuando el efecto de la vacante se ha limitado al nombramiento de un reemplazante que acaso ha podido ser hasta ese momento completamente extraño al personal de la Administración, convendremos, decíamos, en que en tales condiciones la destitución de ese reemplazante, ordenada por el Senado, no tendrá mayores consecuencias, ni ocasionará mayores trastornos del punto de vista de la organización administrativa. Pero cuando se trata de empleos que corresponden á carreras cerradas, ó cuando la vacante se ha llenado ascendiendo á todos los empleados inferiores, por orden riguroso de escalafón, ¿cómo se desciende nuevamente á esos empleados, que acaso por su ascenso habrán tenido hasta que cambiar de residencia? ¿Cómo se les vuelve otra vez á sus anteriores puestos, alterando el orden ya establecido en el servicio y obligando á aquéllos á cambiar otra vez de domicilio? ¿Quién no ve las profundas perturbaciones y trastornos que todo eso produciría, y cuánto esas anomalías y alteraciones perjudicarían al buen funcionamiento y organización del servicio?

No es de extrañar, pues, que una doctrina que á tales extremos conduce, no sea la seguida por nuestros constituyentes, de cuya sensatez y propósitos de orden y organización no es posible dudar.

Pero hay algo más todavía. Hemos dicho anteriormente que ningún precepto constitucional faculta al Senado para reformar, en manera alguna, las resoluciones del Poder Ejecutivo nombrando ó separando empleados. Ahora agregaremos

que no sólo no hay un precepto constitucional semejante, sino que tampoco puede haberlo, porque inhabilitaría al Senado para ejercer las funciones que expresamente le están cometidas, como son las que debe desempeñar en el juicio político.

Es sabido que conforme al artículo 38 de la Constitución, el Senado desempeña en aquel juicio las funciones de juez á quien le corresponde fallar la acusación entablada por la Cámara de Diputados contra los funcionarios violadores de la Constitución. Y bien: si el Senado ordena la reposición de un empleado por haber sido destituído inconstitucionalmente, se pronuncia desde luego sobre la infracción constitucional cometida por el Poder Ejecutivo, é incurre así en un prejuzgamiento manifiesto que lo inhabilita por completo para desempeñar sus funciones de juez en el caso de que por no subsanar el Ejecutivo la falta cometida, se hiciese efectiva su responsabilidad política mediante el correspondiente juicio ante el Cuerpo Legislativo. Y no necesitamos agregar que de ese modo el requisito constitucional de la venia del Senado para la destitución de los empleados públicos, y la intervención que por lo tanto debe tener aquella Corporación en tales casos, pierden toda garantía y sanción, y quedan reducidos á formalidades puramente platónicas, desde que el juicio político, que es la única garantía del cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de los miembros del Poder Ejecutivo, se hace completamente imposible.

Otro argumento que confirma la doctrina que venimos sosteniendo, es que la Comisión Permanente que según los artículos 81 y 58 de la Constitución durante el receso del Senado desempeña las funciones de ese Cuerpo á los efectos del otorgamiento ó denegación de la venia, si el Poder Ejecutivo prescinde de ese requisito, no tiene aquella Comisión la facultad de anular ni de revocar los actos de dicho Poder, sino que sus facultades se limitan según el artículo 56 de la misma Constitución, á advertirle la violación constitucional cometida; y tampoco le advierte bajo el anuncio de que si no repara su falta los actos observados serán anulados

ó reformados por ella ó por el Senado, no; le advierte bajo apercibimiento de hacer efectiva su responsabilidad ante la Asamblea. Se comprende, pues, que si en ese caso la infracción cometida por el Poder Ejecutivo no tiene más correctivo ni más sanción que la responsabilidad de ese Poder ante la Asamblea, esa misma y no otra debe ser la consecuencia de la falta cuando se ha prescindido de la venia del Senado. La falta es la misma exactamente en uno y otro caso, y por consiguiente no tendría explicación alguna que los efectos del uno fuesen tan distintos de los del otro, como resultaría con arreglo á la doctrina que combatimos, y según la cual tendríamos que, cuando se omite la venia del Senado, éste puede reformar lo hecho por el Poder Ejecutivo, y cuando se omite la venia de la Comisión Permanente que hace en el caso las funciones del Senado, ni aquélla ni éste pueden reformar absolutamente nada, y la única consecuencia de la infracción cometida es la responsabilidad del Poder Ejecutivo ante la Asamblea General.

Y lo mismo que pasa en el caso de haberse omitido la venia del Senado ocurre también cuando se destituye un empleado fuera de los casos indicados en el artículo 81, como ha sucedido por ejemplo con algunos empleados de las Juntas Económico-Administrativas que han sido destituídos nada más que por no pertenecer al partido político que administra el Departamento.

Recordamos, sin embargo, que en algunos de los reclamos interpuestos por el empleado que ha sido víctima de esa destitución arbitraria, el Senado, en lugar de ordenar su reposición, se ha limitado á "hacer saber al Poder Ejecutivo que la destitución de los empleados de las Juntas Económico-Administrativas sólo corresponde en los casos determinados por el artículo 81 de la Constitución".

Como solución para el empleado reclamante, esas advertencias de carácter general no tienen importancia alguna, porque como no alude á ningún caso concreto, el Poder Ejecutivo, *sin deshacer lo hecho*, puede limitarse á acusar recibo manifestando que se tendrá presente la observación hecha. Y como

solución para la defensa del precepto constitucional, tampoco la tiene, porque si en el caso de que el Ejecutivo asumiese la actitud que acabamos de indicar, el Senado reiterase la advertencia haciendo notar la inconstitucionalidad cometida, incurriría en el prejuzgamiento cuyas consecuencias hemos indicado anteriormente.

Se explica que la Comisión Permanente por la naturaleza especial de sus funciones puede hacer advertencias de ese género para dar cuenta á la Asamblea si no fueren atendidas; pero también por análoga razón, es decir, por las funciones propias del Senado, no puede éste pronunciarse sobre ninguna inconstitucionalidad cometida por el Poder Ejecutivo sino en los casos de responsabilidad política en los cuales le corresponde fallar.

De manera, pues, que: arrogación por parte del Senado, de facultades que no le acuerda la Constitución; invasión por parte de aquel mismo Cuerpo, de las funciones privativas del Poder Ejecutivo; inhabilitación del mismo Senado para ejercer sus funciones en el juicio político, privación de toda garantía y sanción al precepto constitucional que establece los casos y la forma de destitución de los empleados públicos, tales son las consecuencias de orden constitucional á que conduce lógica y necesariamente la errónea doctrina que hace del Senado un tribunal de alzada de las resoluciones del Poder Ejecutivo.

La doctrina que sostenemos no será la más ajustada á nuestros precedentes parlamentarios, pero además de ser la única razonable y encuadrada en los principios de nuestro Código Fundamental, como creemos haberlo dejado demostrado, tiene todavía en su apoyo los antecedentes de la Constituyente norteamericana. Allí también se trató de los medios de prevenir las destituciones arbitrarias que pudiera hacer el Poder Ejecutivo; se habló con ese motivo del acuerdo del Senado, triunfando por último los defensores del poder absoluto del Presidente, sin más limitación que la expresada en la fórmula de Madison: "si hay abuso, será un caso de acusación contra el Presidente"; pero á nadie se le ocurrió

decir que en caso de una destitución arbitraria, el Senado repondría ú ordenaría la reposición del empleado, ni aun cuando éste fuese de aquellos cuyo nombramiento requiriere la venia senaturial.

Siendo, pues, evidente que el Senado no puede ordenar la reposición de ningún empleado indebidamente separado de su puesto, el que se hallase en este caso y quisiese acudir al Cuerpo Legislativo, sólo podría hacerlo presentándose ante la Cámara de Diputados denunciando la inconstitucionalidad cometida con él por el Poder Ejecutivo, á fin de que dicha Cámara entablase, si lo creyese del caso, el correspondiente juicio político, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2.º del artículo 26 de la Constitución de la República.

Convenimos en que ese recurso le ofrecerá muy pocas garantías al empleado cuyo derecho ha sido arbitrariamente desconocido; pero ¿querrá decir eso, que tal empleado no tenga otro medio más eficaz de conseguir la reparación de la ofensa de que ha sido víctima? Evidentemente que no; ese medio existe, y no es otro que el recurso que tienen todos los particulares contra los actos del Poder Administrador lesivos de los derechos que á aquéllos les corresponden, recurso cuyo alcance estudiaremos en los capítulos siguientes, y que se entabla ante los tribunales especiales de lo contencioso-administrativo ó ante los tribunales ordinarios, según el sistema que al respecto se haya adoptado. Es obvio que esto se entiende tratándose de empleados cuya permanencia en sus puestos se halle garantida por disposiciones expresas; siendo también evidente que tal recurso no procedería si se tratase de empleados que pudiesen ser removidos en cualquier tiempo, á voluntad del Poder Ejecutivo. Ó como dice Abella: "el recurso contencioso se da á los empleados públicos siempre que sus derechos estén consignados expresamente en las leyes que organizaron la clase á que pertenecen: no siendo así, como son empleados libremente amovibles, contra las disposiciones de la Administración activa que los afecten no les cabe recurso ulterior alguno".

No es menos irregular la apelación ante el Cuerpo Legislativo en el cas ode denegación absoluta de pensión, ó cuando ésta se deniega parcialmente, esto es, en la forma ó cantidad en que ha sido solicitada.

Como ya hemos tenido ocasión de decirlo, no hay en la Constitución de la República ninguna disposición que haga del Cuerpo Legislativo un tribunal de alzada contra las resoluciones del Poder Ejecutivo. De donde resulta que, no teniendo aquel Cuerpo ni ninguno de los Poderes del Estado, como Poderes delegados que son, más atribuciones que las que le están expresamente conferidas, comete el primero un abuso y una invasión de atribuciones, al revocar los actos del Poder Administrador ó acordar pensión con arreglo á las leyes, lo cual es atribución privativa del Ejecutivo, expresamente establecida en el artículo 81 de nuestro Código Fundamental.

Ni el derecho de petición que el artículo 142 de ese Código acuerda á todos los habitantes del país, ni la facultad de dar pensiones ó recompensas pecuniarias, acordada al Cuerpo Legislativo por el número 13 del artículo 17 de aquel mismo Código, ni la facultad acordada por el artículo 56 á la Comisión Permanente, de hacer al Poder Ejecutivo las advertencias necesarias para el cumplimiento de las leyes, que son los principales argumentos de orden constitucional invocados por los defensores de la doctrina que combatimos, tienen absolutamente valor alguno.

Es obvio que el derecho de petición no puede ser sino para lo que los Poderes públicos pueden conceder, y si bien es cierto que el Cuerpo Legislativo puede dictar leyes acordando pensiones, no lo es menos que no puede acordar pensión alguna *en virtud de una ley preexistente*, porque eso sería manifiestamente aplicar esa ley á un caso particular, otorgar una pensión de acuerdo con una ley preestablecida, y es elemental que la aplicación de las leyes á los casos particulares, el otorgamiento de pensiones de conformidad con las leyes preexistentes, son atribuciones privativas del Poder Ejecutivo, según expresamente lo establecen los artículos 81 y

82 de la Constitución. Y por lo que se refiere á la facultad de hacer observaciones, acordada á la Comisión Permanente, de donde se ha querido deducir que también la tiene el Cuerpo Legislativo, está completamente fuera de cuestión, pues sólo tiene por objeto llamar al orden al Poder Ejecutivo á fin de preparar su enjuiciamiento político si persistiese en las violaciones observadas; pero en manera alguna importa un derecho de revocación de los actos administrativos ni es una facultad acordada en defensa de los intereses particulares sino del cumplimiento de los preceptos constitucionales.

Cuando el Poder Ejecutivo entiende que con arreglo á la ley no procede el otorgamiento de la pensión solicitada, surgirá entre aquél y el reclamante, una contienda de derecho que no puede ser resuelta sino por las autoridades instituídas para resolver esa clase de conflictos, ya sean los tribunales ordinarios ó los de lo contencioso-administrativo según el sistema seguido, y cuyos tribunales fallarían en virtud del correspondiente recurso deducido por el reclamante que pretendiese lesionado su derecho por la resolución denegatoria del Poder Administrador. "La Administración, decía á este respecto el mismo autor antes citado, no obra en esta materia como persona jurídica, no puede disponer discrecionalmente, procede en virtud de su autoridad reglamentaria y reglamentada, y por tanto tiene que sujetarse á reglas y encerrarse dentro de los límites marcados por las leyes y los reglamentos: si se extralimita de sus deberes ó de sus facultades, el particular que se crea agraviado ó perjudicado en sus derechos, tiene el de reclamar en forma legal y pedir que se revisen las decisiones que cree serle adversas. De ahí nacen los recursos de alzada en la vía gubernativa y los contenciosos en lo contencioso-administrativo, que ponen término, sin ulterior apelación, al asunto".

Por lo demás, el temor de que la apelación ante los tribunales dé lugar á la intromisión de éstos en los actos del Poder Administrador, y concluya por someter ese Poder al Judicial, es un argumento que puede hacerse no sólo en el caso de las pensiones, sino en general contra todo recurso

que se pretenda entablar ante los tribunales ordinarios contra los actos de la Administración lesivos de los derechos particulares; argumento cuyo alcance dependerá del objeto y reglamentación que se dé al referido recurso, que es lo que estudiaremos en los capítulos siguientes.

Eliminado el recurso legislativo por las consideraciones que acabamos de exponer, la conclusión de lo que hemos dicho con respecto á las acciones ejercitables contra el Estado y contra los funcionarios es que, para que ellas sean una garantía segura en favor de los particulares, es necesario, ante todo, reglamentarlas expresamente á fin de evitar las dudas que pueden surgir con motivo de la divergencia de principios que al respecto reina en la doctrina y en el derecho positivo, y que pone en peligro la eficacia de aquellos recursos.

Y, aún así, la responsabilidad contra los funcionarios será siempre una garantía cuya eficacia dependerá de la solvencia de los obligados á prestarla, y, en cuanto á la del Estado, aun cuando se reconozca en las condiciones que hemos sostenido anteriormente, sus resultados serán más ó menos reparadores según las condiciones en que sea satisfecha la indemnización adeudada.

Pero aparte de todo eso que hace un tanto inseguras para el lesionado las dos acciones preestudiadas, por lo que ha dicho, con toda razón, Goodnow que si ellas fuesen los únicos medios que tuviesen los tribunales para intervenir en los actos de la Administración en defensa de los derechos privados, esa intervención judicial sería muy deficiente; aparte de eso decimos, hay otra consideración importante que demuestra la necesidad de completar aquella intervención con un nuevo recurso que no sea como los anteriores, contra *la persona* de la Administración ó del funcionario, sin que sea directamente *contra el acto lesivo*.

Y aquella consideración es la siguiente: el individuo puede tener interés en que se haga tal cosa que la ley manda, ó en que no se haga tal otra que la ley prohibe, y, salvo circunstancias excepcionales que más adelante tendremos oca-

sión de ver, en ninguno de los dos casos puede haber motivo para obligar al interesado á que espere á que se con sume la violación de la ley, á que soporte resignadamente el atentado y después de consumado reclame la indemnización á que se considere con derecho, y cuando ella acaso no equivalga para él al cumplimiento exacto de la ley que habría tenido derecho á exigir, de manera que se le obliga á soportar un mal que una vez producido es para él irremediable.

Este recurso contra el acto es el que constituirá el objeto principal de este estudio que desenvolveremos en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO SEGUNDO

De la naturaleza y objeto de los recursos contencioso-administrativos y especialmente del motivado por violación de derechos

Ante todo debemos hacer una aclaración sobre el nombre dado al recurso á que se refiere el capitulo que empezamos.

En la legislación francesa y en los libros de los autores que en ella se han inspirado, se entiende por lo contencioso-administrativo, como dice Aucoc, el conjunto de cuestiones que deben ser resueltas exclusivamente por las jurisdicciones administrativas. Nosotros no ligamos las dos ideas, la del reclamo y la de la jurisdicción que debe resolverlo, de manera que tomamos la denominación de contencioso-administrativo tan sólo como medio de clasificar un orden especial de lo contencioso, es decir, como expresión de lo contencioso en materias administrativas, sin tener para nada en cuenta la jurisdicción ante la cual tales contiendas deben ventilarse.

En ese séntido existe para nosotros lo contencioso-administrativo como existe lo contencioso-civil, lo comercial y lo criminal, y admitimos también que así como hay distintas jurisdicciones para lo criminal, lo comercial y lo civil respectivamente, debe haber, del mismo modo, una jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo, jurisdicción fundada en la especialidad de los litigios sobre que debe decidir, pero que en manera alguna supone por sí misma un poder propio de la Administración para resolver por medio de sus funcionarios ó de los tribunales de ella dependientes, los litigios en que se hallare interesada.

Hecha esta aclaración y puesto que el recurso á que nos referimos, supone, como ya lo insinuamos en el capítulo anterior y lo veremos con más detención en el presente, el derecho de reclamar contra los actos lesivos de la Administración, se presenta, ante todo, la cuestión sobre si son posibles ó no los reclamos de ese género. Es lo que vamos á estudiar en primer término.

SECCIÓN PRIMERA

SUMARIO: —Derecho de reclamar contra los actos de la Administración.— Diversas soluciones seguidas al respecto. — *a*) Examen de la teoría según la cual las resoluciones de la Administración deben cumplirse siempre sin perjuicio de la responsabilidad de sus autores. Demostración de que esa teoría es falsa en sus fundamentos y funesta en sus consecuencias.— *b*) Doctrina que distingue entre actos *políticos* y actos *administrativos*. Dificultad de distinguir los unos de los otros.—Acomodamientos de la jurisprudencia francesa.—Observación de Goodnow.—Criterios propuestos en la teoría. — Criterio según el cual todos los actos de la Administración pueden ser políticos según los casos ó los móviles á que responden. — Inadmisibilidad de ese criterio. Crítica de Laferrière. — Teoría que pretende clasificar los actos políticos y administrativos según *su naturaleza*. Coincide en el fondo con la anterior. — Diversidad de criterios propuestos para caracterizar los actos de una y otra categoría.— Doctrina del profesor Posada. — Inadmisibilidad de la distinción entre aquellos actos por los móviles á que responden.—Ejemplo de la jurisprudencia francesa.—*c*) Justificación de la doctrina que reconoce á los particulares el derecho de reclamar contra todos los actos lesivos de derechos adquiridos sin distinción alguna.

La cuestión que acabamos de plantear ha recibido tres soluciones distintas; una según la cual dichos actos deben cumplirse en todos los casos, cualquiera que fuese su ilegalidad, y sin perjuicio de la responsabilidad personal de sus actores si tal ilegalidad se comprobase; otra según la cual es necesario distinguir la naturaleza del acto de que se trate, y una tercera por la que son reclamables ante los tribunales respectivos todos los actos ó resoluciones del Poder Ejecutivo, que sean lesivos de derechos adquiridos.

Si se tratase de actos discrecionales, actos que la Administración puede ejecutar sin preocuparse para nada de de-

rechos particulares que ninguna ley consagra ni garante, podría ser aceptable la primera de las tres soluciones indicadas y hasta sin responsabilidad para nadie. Y aún así, aún cuando el perjuicio recaiga solamente sobre simples intereses, ya tendremos ocasión de ver que las últimas reformas de algunas legislaciones positivas, admiten y reglamentan el derecho de reclamar también en esos casos, contra los actos de la Administración que indebidamente los perjudican.

Pero tratándose de actos lesivos de derechos preestablecidos, en manera alguna puede ser admisible la primera de las soluciones citadas, pues hacer obligatorio el cumplimiento de esas disposiciones por más atentatorias que sean, y sin más motivo que el haber sido dictadas por el Poder Ejecutivo, y el que la acción de ese Poder no debe ser trabada por reclamos de los particulares ni por la intervención de tribunal alguno, á pretexto de que eso importaría violar el principio constitucional de la división de los Poderes, es pretender algo completamente falso en sus fundamentos y funesto en sus consecuencias.

Falso en sus fundamentos porque en primer término, aún reconociendo que la acción administrativa deba ser todo lo expedita y pronta que se quiera para ser oportuna y eficaz, no es cierto que esa prontitud tenga siempre el mismo apremio, de manera que sólo en los casos de verdadera urgencia en que la resolución reclamada deba ser inmediatamente aplicada, sólo entonces podría procederse así, sin perjuicio de las resultancias de la reclamación que se entable.

En segundo lugar, es completamente inexacto decir que la intervención de los tribunales en tales casos, importaría una extralimitación de funciones y un ataque á la división de los Poderes. Aunque este punto hemos de tratarlo extensamente al estudiar los sistemas de organización de los tribunales de lo contencioso-administrativo, adelantaremos desde ya, que no existe tal extralimitación ni invasión alguna de las funciones del Ejecutivo, desde que los tribunales ni entran á apreciar la resolución reclamada del punto de vista de los intereses generales, ni entran á resolver lo

que debe hacerse para atender á las necesidades públicas, ni impide tampoco que el Poder Administrador dicte todas las resoluciones que crea convenientes, sino que se limita tan sólo á decidir la contienda de derecho trabada entre la Administración y el reclamante, y á proteger ese derecho contra el acto lesivo que lo hiere; en todo lo cual está la autoridad judicial perfecta y completamente dentro de sus legítimas funciones.

Y si se dijera que la intromisión existe desde que los tribunales en vez de respetar y aplicar la resolución administrativa, entran á discutirla y la desacatan y la desaplican, contestaríamos que esa teoría del cumplimiento obligatorio de las resoluciones administrativas, cualquiera que sea su legitimidad, es completamente inadmisible, porque empezando por borrar toda diferencia objetiva entre la ley y las resoluciones de la Administración, concluye precisamente en el extremo que se quiere combatir, es decir, en un ataque manifiesto á la división de los Poderes.

Desaparece en efecto una de las diferencias más fundamentales entre las disposiciones legislativas y las que son de carácter simplemente administrativo, diferencia aquella que consiste en que la ley es absolutamente obligatoria, mientras que las resoluciones de la Administración, al menos en los países en donde no impera el principio despótico que convierte en ley la voluntad del príncipe, *quod principi placuit legis habet vigorem,* no son obligatorias sino á condición de que sean conformes á la ley. Y aún en los países en donde existe el recurso de inconstitucionalidad, siempre habría entre la ley y la decisión administrativa la diferencia de que mientras la primera sería obligatoria cuando no contrariase la Constitución, la segunda no lo sería cuando contrariase á la Constitución ó á la ley.

Esta invalidez de las decisiones administrativas ilegales y el consiguiente derecho de los tribunales á rechazar su aplicación son unánimemente reconocidas. "Los reglamentos, dice Hauriou, cualesquiera que ellos sean, son de pleno derecho destituídos de toda fuerza, si ellos son ilegales; ellos sub-

sisten en la apariencia hasta que son abrogados ó anulados, pero los tribunales deben negarle su aplicación". "La ley, dice Orlando, tiene en su favor una presunción de justicia y de verdad que nadie puede discutir; ella es la expresión completa de la voluntad del Estado, del derecho en el sentido más elevado, á quien todos, funcionarios, magistrados, ciudadanos, deben obediencia. No sucede lo mismo con la forma en que el Poder Ejecutivo expresa su voluntad; ella es imperativa pero á una condición, que se halle comprendida en el límite de la autoridad legítima de aquel Poder." "Mas si la disposición administrativa, dice á su vez Colmeiro, no fuese dictada legalmente, es decir, en virtud del ejercicio legítimo de las atribuciones propias de las autoridades administrativas, el juez ó el tribunal ordinario no están obligados ni deben dar cumplimiento á un acto que la ley castiga con un delito denominado en el Código Penal *usurpación de funciones*. En efecto: los tribunales no aplican los reglamentos sino cuando están conformes con las leyes; el juez, al aplicar una disposición administrativa, no procede como delegado de la autoridad que la dictó sino como depositario del tesoro de la Justicia que la ley le confía para que la dispense con imparcialidad. No existe, pues, un deber de ciega obediencia, que lo obligue á cerrar los ojos ante la legalidad ó ilegalidad de los mandatos de la Administración; por el contrario, existe una obligación sagrada de inquirir si tiene ó no fuerza obligatoria el precepto en cuestión, y de rehusar su cumplimiento cuando adolece de tales vicios, que anulen el acto emanado de una autoridad á quien no corresponde el ejercicio legítimo de las atribuciones necesarias para dictarlo."

Y como lo observa el segundo de los autores que acabamos de citar, "negar la diferencia apuntada entre la ley y la decisión administrativa, valdría tanto como negar la que existe entre aquellas dos clases de disposiciones, y por consecuencia entre el Poder Ejecutivo y el Administrador, us el contenido de la primera no es objetiva y necesariamente distinto del de la segunda, y si además ambas han de ser

igualmente obligatorias, no se concibe qué fundamento podría dar el ingenio más sutil á aquella fundamental diferencia."

Y esto que se dice con relación á los reglamentos ó decretos de carácter general dictados por la Administración, se aplica *a fortiori* á las resoluciones que sólo tienen un alcance puramente individual-particular. De donde resulta que el carácter relativamente obligatorio que atribuimos á las disposiciones administrativas, lejos de ser contrario á la división ó separación de los Poderes, es precisamente la consecuencia de ese principio constitucional, pues como acabamos de verlo, la teoría contraria nos llevaría á borrar toda distinción fundamental entre los actos de los dos Poderes, y de consiguiente, toda distinción entre estos últimos, por lo menos, en razón de sus funciones.

Pero la teoría de la obediencia ó el acatamiento absoluto del Poder Judicial á los actos del Administrador, lejos de responder al principio de la división de los Poderes como lo acabamos de demostrar, al establecer una independencia absoluta entre aquéllos, contraría también la naturaleza y propósitos de la misma división de que se habla.

Si aquella independencia tuviese el alcance que se pretende, la célebre división tripartita de Montesquieu consignada en todas las constituciones modernas como una garantía de la libertad y de los derechos individuales, sería por el contrario un instrumento del más intolerable despotismo, y lo sería muy especialmente para el Poder Ejecutivo, que por ser el depositario de la fuerza, sería también el más temible y el más inmune en sus atentados.

No; no es así cómo puede y debe entenderse y cómo entendió su mismo autor, el principio de la división de los Poderes. Ese principio vale y es admitido por la ciencia y el derecho positivo constitucional, en cuanto es, como antes hemos dicho, un medio de garantir las libertades públicas; por manera que de ningún modo puede ser invocado contra sus propios fines, es decir, como un medio de opresión, como medio de hacer á cada rama del Poder público completamente independiente de las demás, de modo que para

evitar el peligro de la concentración de las tres funciones fundamentales de gobierno en una sola autoridad, que es el propósito del principio de Montesquieu, se aplique ese mismo principio para provocar y triplicar aquel peligro, con el establecimiento de tres Poderes que en virtud de su independencia absoluta, serían tres déspotas en lugar de uno.

Por eso las constituciones modernas al mismo tiempo que establecen la división de que hablamos, lejos de asignarle á cada Poder una esfera de acción independiente é inaccesible á la intervención de los demás, han tratado de garantir el equilibrio de su funcionamiento, estableciendo un control mutuo, control que por lo que á los actos del Poder Ejecutivo se refiere, es ejercido por los tribunales ordinarios ó administrativos, y alcanza su más alta expresión en el enjuiciamiento político del Presidente de la República y sus Ministros ante el Cuerpo Legislativo.

Pero esa responsabilidad podrá tener en teoría toda la eficacia que se quiera; mas en la práctica su eficacia es muy dudosa y hasta ilusoria en la casi totalidad de los casos, porque la misma gravedad de la medida hace muy difícil y generalmente imposible su aplicación. Ya sea por la influencia que el Poder Administrador pueda ejercer sobre los miembros del Parlamento, ya sea porque éstos difícilmente se encontrarán dispuestos á provocar la conmoción social y política que forzosamente produciría el enjuiciamiento de un Presidente ó de un Ministerio, ya en fin porque en muchos casos no habría ni conveniencia en producir una agitación semejante, lo cierto es que en la práctica nunca la ilegalidad de un acto administrativo llega á tener aquella trascendencia, y el juicio político no pasa así de ser un lujo en las constituciones escritas, ó de servir de materia á uno de los capítulos más ó menos interesantes de los libros de la ciencia constitucional.

Y en cuanto á la intervención de los tribunales, puede tener por objeto la responsabilidad personal de los funcionarios autores del acto reclamado, ó la revocación ó la desaplicación de aquel mismo acto. La inseguridad del primero de

esos recursos ya la hicimos notar en el capítulo anterior, de manera que limitada al segundo la defensa y la garantía de los particulares, ¿cuál sería la situación de éstos si el tribunal á que acudiera le cerrara por completo sus puertas ó limitara su acción á amparar servilmente los actos del Poder Ejecutivo por ilegales y atentatorios que fuesen?

He ahí porqué hemos dicho que la teoría que combatimos, además de ser falsa en sus fundamentos y contrariar el principio de la división de los Poderes en el cual pretende apoyarse, es también funesta en sus consecuencias. Teoría liberticida, expresión disimulada de un abominable despotismo, sometería á los particulares indefensos á la voluntad omnímoda y arbitraria del más temible de los Poderes públicos, cuyos abusos de autoridad carecerían de límite y de sanción eficaz, al amparo de una independencia que lo haría en la realidad de las cosas prácticamente irresponsable.

Pasemos ahora á la segunda teoría según la cual los actos del Poder Ejecutivo deben distinguirse entre actos políticos ó de gobierno, y actos de administración, propiamente dichos, siendo estos últimos los únicos reclamables ante los tribunales y ejerciéndose los otros sin más control que el del Cuerpo Legislativo.

Esta doctrina responde al mismo propósito que la anterior, es decir, á sustraer los actos del Poder Administrador á toda acción controladora de los tribunales; pero como no se ha podido sostener aquella inmunidad para todos los referidos actos, se ha tratado de limitarla á sólo una clase de ellos. Son la jurisprudencia francesa y los autores que en ella se han inspirado, los que han establecido la distinción que acabamos de enunciar, entre actos políticos ó de gobierno, y actos de administración, ó como lo expresan otros, actos de Poder político y actos ordinarios de Poder público, cuya distinción no tiene más importancia ni más objeto práctico que favorecer con la inmunidad antes mencionada, los actos comprendidos en la primera de las dos categorías que acabamos de indicar.

Pero ¿cómo se distinguen los actos de una y otra categoría? Cuestión es esta de solución algo difícil.

Si acudimos á la jurisprudencia francesa no encontraremos criterio ni principio alguno científico para resolverla. Ideada la teoría de los actos políticos y administrativos exclusivamente para independizar la acción ejecutiva de la intervención de los tribunales, se le ha dado más ó menos alcance, según en cada caso se ha entendido que convenía ó no impedir toda reclamación ante la jurisdicción contenciosa, para lo cual bastaba con calificar el acto reclamado, de acto *de carácter político.*

Por eso dice Goodnow: en Francia, en donde el Gobierno es más independiente de los tribunales que en ningún otro país, se ha dado á los actos políticos una interpretación mucho más amplia que en cualquier otra parte, y la jurisprudencia ha llegado hasta resolver que tenían carácter político medidas arbitrarias y restrictivas de los derechos privados, adoptadas en tiempo de excitación general para proteger la seguridad pública. Así por ejemplo; las autoridades administrativas, para impedir la publicación de un periódico que, en sentir de la Administración, excitaba las pasiones del pueblo, empastelaron la imprenta, y el Consejo de Estado resolvió que el empastelamiento había sido un acto político, no sujeto por lo tanto á la jurisdicción contenciosa.

Si la jurisprudencia con sus acomodamientos de ocasión no puede darnos un criterio para la solución del problema propuesto, veamos cómo lo resuelve la doctrina.

Hay á este respecto dos teorías; una según la cual todos los actos de la Administración pueden revestir accidentalmente y según las circunstancias del caso el carácter de actos políticos ó de gobierno; y otra según la cual los actos de ese género tienen siempre un carácter definido é invariable. En otros términos, por la primera de esas teorías, los actos serán políticos, según su fin ó el móvil que los inspira, y según la otra, lo serán cuando lo sean por su naturaleza.

No es difícil comprender que si le bastase al Gobierno alegar el fin político para sustraer cualquiera de sus actos á

toda reclamación, todos los derechos de los particulares quedarían muy fácilmente abandonados por completo al arbitrio gubernamental. Por eso ha dicho muy bien Laferrière: "No es preciso concluir que todo acto del Poder Ejecutivo inspirado por consideraciones de orden político ó gubernamental, sea por eso solo un acto de gobierno contra el cual los ciudadanos no tengan ningún recurso de orden jurídico. La competencia depende de la *naturaleza* de los actos y no de los *móviles* que los inspiran. El acto de Administración hecho con un fin político no cesa por eso de ser un acto de administración y de suscitàr la competencia del juez administrativo. Si por ejemplo, con un fin político se tomasen medidas ilegales ó atacadas de vicios de forma, ya con respecto á magistrados inamovibles, á oficiales propietarios de su grado, á funcionarios á los cuales se les acuerdan garantías particulares, los motivos políticos que hubiesen inspirado esas medidas administrativas no las harían actos de gobierno y no impedirían que ellas fuesen diferidas al Consejo de Estado por exceso de poder.

"Lo mismo, si razones políticas determinan al Gobierno á embargar una propiedad privada fuera de los casos previstos por la ley, á atentar á la libertad individual ó á la libertad de la prensa, las partes lesionadas no tendrían menos acceso ante los tribunales judiciales guardianes de los derechos individuales, pues los móviles políticos del acto, no pueden modificar por sí solos la competencia de las jurisdicciones".

El autor entra en seguida á hacer aplicación de esa doctrina á diferentes casos prácticos, y dice con respecto á los dos más típicos que pueden presentarse: "Si la declaración de estado de sitio constituye un acto de soberanía, ella no comunica este carácter á todos los actos hechos para darle cumplimiento; las autoridades que son encargadas de esos actos están obligadas á encerrarse dentro de los términos de la declaración y de las leyes generales sobre el estado de sitio, y los excesos de poder que ellas pudiesen cometer podrían ser deferidos á la

jurisdicción competente". Y luego agrega con respecto á las medidas sanitarias que pueden ser adoptadas por el Jefe del Estado: "Esas medidas son verdaderos actos de soberanía. cuya sanción es asegurada por las penas más severas, pena de muerte, trabajos forzados, reclusión. Ellas no pueden dar lugar á ningún recurso contencioso, tendente á obtener la anulación de las decisiones ó la reparación de los daños causados por su ejecución. Sin embargo, si esas medidas tienen por sí mismas un carácter gubernamental, los actos de ejecución á los cuales dan lugar por parte de los comisionados sanitarios y otros agentes, pueden no ser sino actos de Administración sometidos á ciertas reglas de forma y de fondo."

Descartada, pues, la teoría de los actos políticos por razón de los móviles, veamos ahora la que sólo admite los que lo son por su naturaleza.

A primera vista esa otra doctrina no sería arbitraria y peligrosa como la anterior, desde que con arreglo á ella sólo se rían insusceptibles de reclamación los actos *políticos por sí mismos*, los cuales parecería que son perfectamente limitados y definidos, de manera que los gobernantes no podrían aumentarlos á capricho ó incluir entre ellos los que les conviniese, como pueden hacerlo con la teoría de los móviles que anteriormente hemos examinado. Pero no es así; el concepto de los actos políticos por su naturaleza es un concepto completamente vago é indeterminado; y como dentro de la teoría general que distingue los actos políticos de los administrativos, la clasificación la hace siempre el Poder Administrador ó los tribunales que de él dependen, el resultado es que aquel Poder puede con la misma facilidad hacer la clasificación á su capricho, tanto invocando los móviles como la naturaleza del acto de que se trate.

Por eso puede decirse de esa última teoría como de la otra, lo que con toda razón ha dicho Meucci de la ley italiana de 31 de Marzo de 1889 que organizó la *Justicia Administrativa* y que por su artículo 3.° también exceptúa del recurso los actos llamados políticos ó de gobierno: "esa excepción completamente vaga por la indeterminada significación

del *acto político,* deja sin reparación alguna los casos en que el abuso es más fácil y el daño más grave, y es en la práctica como una justificación anticipada y *a priori* de la ilegitimidad y de los abusos políticos, por más que en vano se pretenda prevenirlos con la especiosa garantía de la responsabilidad ministerial. "

Y que el concepto de *acto político* adolece de cierta vaguedad y confusión notoriamente peligrosas en el caso de que se trata, lo demuestra la diversidad de opiniones emitidas por los autores que han tratado de explicarlo á los efectos de la teoría que exponemos.

Puede verse en el *Codice della Giusticia Amministrativa,* del abogado Porrini, que cuando se discutió en el Senado italiano el ya citado artículo 3 de la ley de 31 de Marzo de 1889, queriendo el miembro informante demostrar que dicho artículo no entrañaba ningún peligro y no daría lugar á que se considerasen como actos verificados en interés del Estado los que sólo lo hubiesen sido en el interés de un partido, dijo: "la Comisión entiende que son actos políticos los que se ejercen en el interés de la generalidad de los ciudadanos y no tienen con el interés privado ninguna relación directa sino meramente ocasional".

De manera, pues, que, según esa teoría, el acto administrativo se caracterizaría por ser directamente *individual,* lo que es de todo punto inadmisible, como inexacto es también que los actos ejercidos en el interés de la generalidad de los ciudadanos sean siempre actos políticos en el sentido estricto que dan á esa frase los que defienden la clasificación á que nos venimos refiriendo.

Con mucho más fundamento ha podido decir Hauriou que los actos de administración se distinguen de los actos de gobierno en que "los primeros tienen por objeto principal los servicios á los particulares, mientras que los segundos tienen por objeto asegurar la salud de la unidad política". Este criterio, más exacto que el anterior en lo que se refiere á los actos políticos, no lo es con relación á los administrativos, bastando para demostrarlo el recordar que la administración

aduanera, por ejemplo, y, en general, todas las administraciones rentísticas, no tienen por objeto esos servicios en beneficio directo de los particulares.

No es más preciso Laferrière cuando dice que: "administrar es asegurar la aplicación diaria de las leyes, velar por las relaciones de los ciudadanos con la Administración central ó local y de las diferentes administraciones entre sí, mientras que gobernar es velar por la observancia de la Constitución, por el funcionamiento de los grandes Poderes públicos, asegurar las relaciones del Gobierno con las Cámaras, y las del Estado con los Poderes extranjeros"; ni lo es tampoco Goodnow cuando dice—y en este concepto coinciden también Aucoc y la generalidad de los tratadistas franceses—que se entiende por actos políticos todos aquellos, ya sean de aplicación general ó especial, que realiza la Administración en el ejercicio de sus funciones *políticas,* tales como la gestión de las relaciones exteriores, la celebración de tratados, el mando y disposición de las fuerzas militares, el mantenimiento de las relaciones del Poder Ejecutivo con el Legislativo, etc.

Nosotros no negaremos el carácter político de todos esos actos, pero si hubiésemos de adoptar un criterio para distinguirlos de los administrativos, empezaríamos por establecer que todos los actos de la Administración, como actos del Poder público, son actos *políticos* en sentido *lato,* y agregaríamos luego que, en sentido *estricto,* son actos políticos los que importan el cumplimiento de los fines del Estado, y administrativos los que tienen por objeto organizar ó disponer lo conveniente para que aquellos fines se cumplan.

Coincidiría ese criterio con la idea que del Derecho político y del administrativo da el profesor Posada, cuando dice: "No coincide naturalmente el Derecho administrativo en sus límites extensivos ni en su cualidad con el político. Éste es más amplio, es todo el Derecho del Estado, mientras el Derecho administrativo es una esfera del Derecho del Estado, la que implica el desarrollo de aquella actividad que la Administración supone; el Derecho administrativo es el Derecho

político *especial* de la función administrativa del Estado" (página 77). Y coincide todavía con el mismo autor cuando éste define la función administrativa ó la Administración como función del Estado, diciendo que: "es la actividad de éste, encaminada á procurar, conservar y perfeccionar el organismo (las diferentes instituciones) mediante las cuales el Estado realiza sus fines"; concepto que nos parece de todo punto exacto, y que el autor consigue justificar con éxito á nuestro juicio, haciendo ver que "una cosa es el *cumplimiento del fin* y otra la gestión administrativa para que el fin pueda ser cumplido; como una cosa es alimentarse, cuidarse higiénicamente, preocuparse con el vigor fisiológico del orgauismo y con el vigor de las fuerzas del espíritu, y otra es vivir y viviendo llenar su misión humana y desempeñar una profesión social; y que así como nadie entiende por administrar la familia, cuidar de los hijos, de su educación, ejercer en fin las amplias funciones de tutela personal que la condición de hijo supone, así como nadie entiende que se administra la Iglesia cuando se atiende á la función religiosa de la creencia, ni administra el individuo cuando estudia ó inventa, ni que administra una sociedad minera en la ejecución de los actos materiales para la obtención del mineral, del mismo modo no administra el Estado cuando mantiene el orden público, cuando rechaza por medio del ejército toda agresión exterior, por más que para que esa función ejecutiva sea desempeñada, es preciso que haya ejército que esté bien organizado y distribuído, con soldados disciplinados, armas, municiones, medios de transporte, de subsistencia, etc., etc., todo lo cual corresponde á la *función administrativa* del ejército; como también cuando el Estado ejerce la función de la enseñanza, de la beneficencia, de la sanidad, etc., su actividad es entonces de *política general*, y especialmente por razón del contenido actividad educativa, benéfica, sanitaria, industrial, etc., pero no actividad administrativa propiamente dicha, pues una cosa es ejercer la función de la enseñanza ó de la beneficencia, y otra administrar esos mismo intereses colectivos". Y en comprobación de esto agrega todavía: "El

médico que el Municipio paga para que preste sus servicios gratis á los pobres, ó bien asista á sus hospitales; la Junta de beneficencia que el Estado promueve para llevar el socorro en dinero ó en especies al menesteroso, no *administran* la beneficencia, realizan el servicio benéfico. Un hospital no es un centro administrativo, sino un centro benéfico. La acción de la Administración, respecto de la beneficencia, revélase principalmente en todo cuanto el Estado haga para que haya médicos gratuitos, hospitales, hospicios, Juntas de beneficencia, etc., etc. Y así también una cosa es la función de la enseñanza que la Universidad desempeña y otra la acción administrativa que procura las condiciones indispensables para que dicha función se cumpla."

Puede ser que esta manera de distinguir los actos políticos de los administrativos no se encuadre perfectamente dentro de los propósitos perseguidos por la escuela francesa al hacer aquella distinción. Pero á nosotros eso nada nos preocupa porque tampoco admitimos aquellos propósitos como legítimos, y lo que es más, ni siquiera creemos que tal distinción pueda tener ningún alcance práctico. Los franceses han inventado la distinción de que tratamos sin más objeto que el de sustraer ciertos actos del Poder Ejecutivo, actos como se ha visto no bien definidos y cuya clasificación se hace de acuerdo con las conveniencias del momento, á toda reclamación de los particulares y á la intervención de los tribunales; propósito que en manera alguna lo consideramos admisible. En un país libre en donde los hombres no viven á merced de los caprichos de los Gobiernos, cualquiera que se sienta lesionado por un acto ilegal ó atentatorio sea cual fuese su naturaleza, debe estar facultado para solicitar el amparo de la Justicia, que es la suprema garantía de la libertad y del derecho. Y siendo así, lo que interesa no es saber si el acto reclamado es de tal ó cual naturaleza, sino averiguar si el atentado de que se reclama ha existido realmente, ó si el Poder Ejecutivo ha procedido dentro del uso legítimo de sus facultades.

¿Se teme que de ese modo se perjudique la libertad de

acción que el Poder Ejecutivo debe legítimamente tener en ciertos casos? Pues el medio de evitar ese peligro está en la ley; que sea ésta la que faculte expresamente á aquel Poder para tales ó cuales actos, ó la que le acuerde la facultad discrecional que se pretenda darle. De ese modo y mientras el Ejecutivo se mantenga dentro de las facultades que le han sido conferidas, no puede razonablemente haber peligro de que su acción sea trabada por la judicial, la cual no haría sino reconocer su derecho, si fuese llamada á intervenir en virtud de reclamaciones infundadas, las que, por otra parte, ya se sabe que pueden tramitarse, sin detener ni un momento la ejecución del acto reclamado.

Sólo así se concilian los dos derechos igualmente respetables; el del Gobierno y el de los ciudadanos. Pero establecer la distinción entre actos políticos y administrativos, y lo que es más, darle al primero la facultad de hacer la clasificación en cada caso, eso no es garantir la independencia legítima de su funcionamiento, sino asegurarle la más completa inmunidad de sus actos por más abusivos que sean, y dejar á los particulares abandonados á aquellos abusos, sin otra garantía que la muy ilusoria y falaz de la responsabilidad ministerial.

Lo expuesto basta para demostrar la inconsistencia y los funestos resultados de la teoría que pretende regular el derecho de reclamar contra los actos de la Administración, acordándolo ó no, según el carácter fundado en la naturaleza ó en los móviles de esos mismos actos.

Demostrado por las consideraciones que acabamos de aducir, que á los efectos de los recursos ejercitables no puede admitirse ninguna distinción basada en el carácter político ó administrativo de la resolución reclamada, y eliminada anteriormente la teoría de que no es admisible ningún recurso contra los actos de la Administración sin perjuicio de la responsabilidad persnal del funcionario que hubiera cometido el acto abusivo, queda también justificada sin necesidad de más demostración, la tercera de las soluciones que indicamos al principio, sobre la posibilidad de reclamar contra tales

actos sea cual fuere su carácter, es decir, la solución por la cual son reclamables ante los tribunales respectivos todos los actos ó resoluciones del Poder Ejecutivo que sean lesivos de derechos adquiridos ó garantidos por disposiciones ó convenios preexistentes.

Y con esto damos por resuelta la cuestión previa que nos habíamos propuesto dilucidar, pasando ahora á estudiar la naturaleza de los recursos ejercitables contra los actos de la Administración.

SECCION SEGUNDA

SUMARIO :—Distinción de los actos de la Administración segun su efecto lesivo.—Violación de derechos ó perjuicios de intereses.—Distinción segun la naturaleza del poder en cuya virtud se efectuan aquellos mismos actos.—Actos de potestad *discrecional*.—Idem de potestad *reglada*.—Dificultad relativa á los actos reglamentados por simples disposiciones administrativas, ¿pueden violar derechos adquiridos? — Doctrina de Hauriou y de Stein sobre el derecho de la Administración á revocar todos los actos de Poder público. Cuándo pueden invocarse derechos adquiridos al amparo de una disposición administrativa. — Derechos *adquiridos* y derechos *irrevocables*.—Diferencia de acciones que surge de la distinta naturaleza del perjuicio causado por el acto lesivo de la Administración.—Críticas formuladas contra el criterio del *interés* y del *derecho* para determinar la acción que proceda en cada caso — Objeción de Malgarini atribuyéndole una petición de principio.—En qué caso sería admisible.—Ejemplo de la legislación española y de la ley italiana del 59. — Solución que esa misma legislación ha dado al problema, en las leyes de 20 de Marzo de 1865 y 31 de Marzo de 1877.—Inconvenientes que se le han atribuído.— Objeción de Romagnosi. — El incidente previo sobre la admisibilidad del recurso. — Observación de Abella.—Respuesta á la objeción citada.—Otra objeción de Malgarini al criterio del interés y el derecho, fundada en la dificultad de distinguir cuándo es uno ú otro el lesionado. — Contestación. — Diferentes fórmulas propuestas para resolver ese problema. — Criterios de Mantellini, de Meucci y de Gianquinto. — Consecuencias deducidas de los distintos recursos á que pueden dar lugar los actos de la administración.—a) Con respecto á la *jurisdicción*.—Jurisdicción *graciosa* y jurisdicción contenciosa ó contencioso-administrativa.—Crítica de esa clasificación — b) Con respecto al procedimiento. — Observación de Abella.

Para determinar la naturaleza de los recursos que pueden entablarse contra los actos de la Administración, debemos partir de un hecho fundamental indiscutible y unánimemente aceptado por los autores y las legislaciones positivas, á sa-

ber; que los perjuicios causados por tales actos pueden referirse al interés ó al derecho de los particulares.

En efecto: hay casos en que la Administración está facultada para dictar libremente las resoluciones que considere oportunas dentro del ejercicio de sus funciones, como cuando remueve un empleado amovible, cuando acuerda ó deniega una concesión, cuando autoriza el trazado ó la desviación de un camino, cuando designa los terrenos que deben ser destinados para la extracción de materiales estando esa servidumbre debidamente establecida, cuando impone las medidas de salubridad que considera convenientes, si está facultada para hacerlo á su arbitrio, etc., etc., en cuyos casos y otros análogos, usa de un poder *discrecional*. Pero hay otros en que su acción está limitada por una ley, por un reglamento ó por un contrato que la obligan á producirse en un sentido determinado, á hacer ó no tal ó cual cosa ó con tales ó cuales formalidades, como por ejemplo las leyes que la obligan á no expropiar sin previa indemnización, á otorgar la pensión correspondiente á los que la soliciten estando en el caso reglamentario, á exceptuar del servicio militar á los ciudadanos que se hallen en tales ó cuales condiciones, ó que le prohiben cobrar impuestos que no hayan sido establecidos en forma, etc., etc., en cuyos casos, y otros semejantes, se dice que obra en virtud de *potestad reglada*, porque su acción debe sujetarse á lo que para tales casos establecen de una manera precisa y concreta, las leyes, los reglamentos, ó los contratos preexistentes.

Esa sujeción no puede ser materia de duda tratándose de limitaciones impuestas por la ley, á la cual debe obedecer la Administración; ni tratándose de los deberes impuestos por los contratos que, estando legalmente celebrados, tienen para las partes toda la fuerza de la ley misma. Pero no están en el mismo caso los reglamentos ó decretos simplemente administrativos, que la Administración los dicta y que por lo tanto puede también derogarlos, de manera que si tiene esa facultad, ¿cómo puede decirse que al ejercerla lesiona derechos adquiridos, si nadie tiene derecho á la permanencia de tales disposiciones?

Efectivamente, como ha dicho Hauriou, los actos de Administración que están en la categoría de actos de Poder público, tienen, como todos los de esa clase, la singularidad de no crear jamás *por sí solos* situaciones jurídicas irrevocables; pues tomando decisiones de esa especie, el Poder público entiende no ligarse, no inmovilizarse, sino quedar perfectamente en acción, de manera que tales actos son la manifestación de la voluntad administrativa en lo que ella tiene de libre y de discontinua.

Stein nos ha dado la explicación de este principio en los siguientes términos que transcribimos íntegros para la mejor comprensión de la tesis que acabamos de sentar:

"El Poder Ejecutivo para cumplir debidamente su gran función, debe tener necesariamente el derecho de dictar, de transformar y de abrogar sus disposiciones con la más completa libertad y según le parezca que lo exige la apreciación meditada de las necesidades públicas. Esta facultad es necesariamente conexa con las necesidades de un buen gobierno y constituye por eso un principio incondicionalmente necesario en la vida del Estado. Desde que la ejecución de la ley no consiste en aplicarla de una manera abstracta, sino adaptándola á la incesante transformación y á la infinita variedad y multiplicidad de las relaciones de la vida real, ella debe asumir siempre nuevas formas externas, que desarrollen de nuevos modos sus aptitudes internas, á fin de ajustarse á la eterna evolución de los múltiples elementos de la vida real. La ejecución debe observar, siempre el contenido y el espíritu de la ley, pero mientras una ley positiva no se oponga á aquella su constante actividad, el poder ordenador del Gobierno es absolutamente libre en sus movimientos y en sus autodeterminaciones. De aquí se sigue que ninguna declaración de la voluntad del Gobierno, que ninguna ordenanza (el autor usa esta palabra para expresar en general las disposiciones administrativas) puede dar al individuo derecho alguno á la permanencia de la ordenanza misma, de manera que el Gobierno esté obligado ante aquél á reconocer en la ordenanza el *contenido permanente* de su voluntad; y por con-

siguiente cuando la autoridad administrativa procede en un caso particular contrariamente á sus precedentes, el ciudadano interesado no puede por eso sólo reclamar ante el tribunal, porque no ha sido violado su derecho".

Pero si por lo que acabamos de exponer los actos de Poder público por sí solos, es decir, á menos que envuelvan compromisos recíprocos que les den un carácter bilateral, no crean situaciones jurídicas irrevocables, eso no quiere decir que las decisiones que como tal Poder dicta la Administración no puedan atacar derechos adquiridos. Como lo observa muy bien el primero de los autores precitados, una cosa son los derechos *adquiridos* y otra los derechos *irrevocables.* Y si por lo que antes hemos dicho, los actos de Poder público no dan derechos de la segunda especie, pueden perfectamente darlos de la primera porque los derechos pueden ser *adquiridos* aunque *revocables,* "que es lo que ocurre precisamente con todas las ventajas y todas las facultades reconocidas por los reglamentos; *en tanto que éstos existan,* esas ventajas ó facultades constituyen derechos adquiridos en el sentido de que las decisiones administrativas particulares que las desconocen, pueden ser reclamadas por violación de los reglamentos y de los derechos que éstos acuerdan".

Establecidas, pues, las dos formas en que el Poder Administrativo puede manifestarse, resulta evidente que los particulares que se sienten perjudicados por un acto de poder *discrecional* no pueden invocar jamás sino la lesión de un simple interés, desde que pudiendo la Administración proceder libremente, nadie puede pretenderse con derecho á que lo haga en tal ó cual sentido concreto y único. Pero cuando los particulares están amparados por disposiciones ó convenios que imponen á la Administración ciertas obligaciones en beneficio de ellos, entonces tienen éstos la facultad de exigir que dichas obligaciones se cumplan; y si no son cumplidas no sólo se habrá perjudicado su interés, sino que se habrá violado su derecho, derecho perfectamente cierto y definido.

Y siendo tan distinta la naturaleza del perjuicio ocasionado en ambos casos, es evidente que lo serán también las

acciones á que uno y otro pueden dar lugar. A este respecto ha dicho muy bien Abella: "que la acción debe ser pro porcionada y congruente con el fin á que se encamina; y siendo así, la que tiene por objeto la conservación ó el logro de aquello que nos conviene, de un simple interés, no puede ser igual á la instituída para servir de salvaguardia al interés sancionado y consagrado por la ley, es decir, al derecho. En el primer supuesto nada se nos debe, y por consiguiente será en cierto modo una gracia que se nos dispensa accediendo á lo que pedimos; en el segundo la Administración tiene un deber que cumplir respetando un derecho".

El criterio que acabamos de establecer para determinar la división fundamental de los recursos que pueden deducirse contra los actos de la Administración, y decimos la división *fundamental* porque después veremos que algunas legislaciones, y muy especialmente la francesa, hacen luego otras subdivisiones, ha sido objeto de algunas críticas cuyo breve examen nos va á servir para precisar su verdadero sentido y alcance.

Malgarini ha observado en primer término que dicho criterio envuelve una petición de principio porque supone resuelto de antemano si lo que se ha lesionado es un interés ó un derecho, cuestión que es precisamente la que debe decidirse al fallarse la contienda, de manera que mal puede servir de base para determinar la naturaleza del recurso á entablarse. Y agrega, en segundo lugar, que tampoco se sabe cuándo existe tal derecho porque dice: "si el carácter distintivo del interés elevado á derecho es la acción, ¿cuáles serán los intereses que se hallan en ese caso si no hay ley que los indique?"

La primera de esas observaciones podría en realidad ser fundada si se dijera como dice el artículo 1.º de la ley española de 13 de Septiembre de 1888: el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse contra las resoluciones administrativas que *vulneren un derecho anteriormente establecido;* y mucho más fundada sería aún, si se agregase después como lo hace la misma ley en su artículo 46 que: se tendrá

como una de las excepciones dilatorias, la incompetencia de jurisdicción, entendiéndose que es incompetente el tribunal cuando por la *índole de la resolución reclamada,* no se comprende dentro de las que con arreglo al citado artículo 1.° pueden dar lugar al recurso contencioso-administrativo.

Se comprende, en efecto, que si á lo que debe atenderse para determinar el recurso aplicable es á la *índole de la resolución reclamada,* forzosamente se producirá una de estas dos situaciones: ó que el criterio no pueda aplicarse porque mientras no se dicte sentencia no se sabe si la resolución de que se trata ha violado ó no un derecho; ó que al proveerse sobre la admisión de la demanda se habrá decidido á la vez, tácitamente por lo menos, si la resolución de que se reclama es ó no lesiva del derecho alegado; y entonces si la decisión es afirmativa, habrá en verdad una petición de principio, un prejuzgamiento contra la Administración; y si es negativa, al rechazarse la demanda ó resolverse el incidente de incompetencia, se habrá resuelto contra el reclamante la misma cuestión principal que sólo debió decidir la sentencia definitiva. Esto es lo que pasaba en Italia, según lo hace notar el profesor Meucci, bajo el imperio de la ley del 59. El Consejo de Estado empezaba por decidir si por la naturaleza de la resolución reclamada podía ésta ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa: si esa cuestión previa se resolvía negativamente, todo estaba concluido, la acción no podía entablarse; de donde surgió aquel célebre entimema que el mismo Meucci recuerda y que condensaba en dos palabras la más concluyente crítica de aquella jurisprudencia: *tu hay torto, dunque ti nego el jiudice.*

Pero es precisamente la misma legislación italiana, la que resuelve hoy la dificultad á que aludimos, estableciendo que el recurso podrá entablarse no según la índole de la resolución reclamada, sino según *la índole de la cuestión promovida.* La ley de 20 de Marzo de 1865 al abolir los tribunales contencioso-administrativos que hasta entonces habían existido, dijo, en efecto, que en lo sucesivo correspondería á los tribunales ordinarios el conocimiento de todos los asuntos

en que se hiciese *cuestión* de un derecho civil ó político en que estuviese interesada la Administración pública (artículo 2.º); y la ley de 31 de Marzo de 1877 dijo también en su artículo 4.º que la procedencia de la acción en los casos de *conflicto* se resolverá por el *objeto* de la demanda.

Es ese el verdadero criterio; por otra parte, el mismo que adoptan todas las legislaciones del derecho común para determinar la competencia de los jueces tanto por la importancia del asunto como por razón de la materia; y es también el único posible en todos los casos, pues la prestación realmente debida en ninguno puede servir de norma, desde que es algo ignorado hasta que lo define la sentencia.

Pero, se objetará acaso que con ese criterio se trabará constantemente la acción administrativa, pues bastará que cualquiera alegue con ó sin fundamento que se ha violado su derecho, para que se dé entrada al recurso, se obligue á la Administración á seguir un juicio y se interrumpa el cumplimiento de lo por ella resuelto.

Efectivamente, eso se ha dicho, eso ha dicho Romagnosi, y por una razón de esa especie la ley española anterior á la de 13 de Septiembre de 1888, establecía un incidente previo sobre procedencia del recurso, incidente que con arreglo á la ley de 17 de Agosto de 1866 se seguía tan sólo por la vía administrativa, de donde resultaba que no había reclamación, que no había juicio cuando la Administración no quería, exactamente como ocurría en Italia con la ley del 59 que antes hemos recordado. "Toda la claridad y precisión, dice Abella, prodigadas por las diferentes disposiciones generales ó casuísticas (á la sazón vigentes) para determinar la competencia de los tribunales contencioso-administrativos, quedaban eclipsadas por la sombra del trámite previo antes citado, que confiaba en definitiva el *exequátur* ó pase de las demandas, á las mismas autoridades contra cuyas providencias iban dirigidas." Y veremos más adelante que en aquella misma observación está fundada la *institución* de los *conflictos*, propia de los países de tribunales administrativos como la Francia, aunque sin embargo por una inconsecuencia que á su

tiempo comentaremos, ha conservado la legislación italiana á pesar de haber abolido desde 1865 los tribunales de aquella especie.

Aplazaremos, pues, para cuando estudiemos la referida institución, el examinar con detención la crítica de Romagnosi, y por ahora nos limitaremos á decir, que el temor de que sea trabada la acción administrativa, lo que sería sin duda un gravísimo inconveniente, es completamente ilusorio, desde que la ley puede establecer que cuando razones de interés público lo exijan, se procederá á cumplir inmediatamente la resolución reclamada, sin perjuicio de la tramitación regular del recurso interpuesto; temperamento que adopta la ley italiana de 1865 ya citada (artículo 7.º), y que es enteramente análogo al indicado por nuestro Código Civil (artículo 455) para los casos de expropiación urgente, en los cuales se procede á la ocupación inmediata del inmueble sin perjuicio de los trámites regulares hasta llegar á la fijación definitiva de la indemnización, y pago del saldo si hubiera resultado insuficiente la consignación hecha.

En cuanto á la otra observación de Malgarini fundada en la falta de una ley que enumere todos y cada uno de los casos en que pueda entablarse el recurso por violación de un derecho, tampoco prueba absolutamente nada contra la doctrina á que se opone, pues la misma objeción podría hacerse contra todos los Códigos que no son ni pueden ser casuísticos, y que por lo tanto están muy lejos de prever todos y cada uno de los casos en que es ejercitable una acción por derecho violado. Determinar cuándo esa acción es fundada con arreglo á los principios generales que los Códigos establecen, es la tarea diaria de los juris peritos y de los jueces, es lo que unos y otros hacen todos los días guiados por los principios racionales de interpretación de las leyes. Y eso que los jueces y los jurisperitos hacen todos los días en materia de derecho común, no hay motivo alguno para que no puedan hacerlo igualmente en materia administrativa, desde que el problema es fundamentalmente el mismo.

Se dirá tal vez que en ese segundo caso el criterio del interés y el derecho presenta complicaciones graves que dificultan si no hacen imposible su aplicación acertada, como lo demuestran las múltiples y constantes contradicciones de la jurisprudencia. Nosotros no negaremos lo que hay de verdad sobre la existencia de esas contradicciones. Conocido es el caso citado por Azcárate y también por Posada, de un viejo abogado español á quien habiéndole manifestado un colega que empezaba á ejercer la profesión, que no encontraba un criterio fijo para resolver cuándo procedía ó no el recurso contencioso-administrativo, le contestó muy resueltamente: "no se canse usted en buscarlo; eso se sabe así á la manera que las señoras distinguen el hilo del algodón". Y se sabe también que Abella se lamenta en su obra escrita en 1888, de que después de cuarenta y tres años de funcionar en España la división de lo administrativo, de lo judicial y de lo contencioso-administrativo no se hubiese llegado á resolver con precisión cuándo procedía cada uno de esos tres recursos, por lo cual no encontraba otro medio de salir de esa situación que el establecer especialmente en cada caso el recurso de que podría usarse. Pero debemos hacer constar que toda esa confusión y todas esas contradicciones de la jurisprudencia han tenido su principal y casi único origen, en que el ejercicio de la justicia en las contiendas administrativas, en lugar de estar confiado á magistrados independientes é imparciales, ha estado cometido á tribunales constituídos dentro de la Administración misma y por lo tanto dependientes del Poder Ejecutivo, el cual tenía así en su mano, como antes hemos visto, el medio de admitir ó no el recurso según su voluntad, sus conveniencias ó los intereses políticos del momento.

Pero no es cierto que existan tales contradicciones en la doctrina y muy especialmente en la de los autores que, como los italianos de nuestros días, no se han inspirado en una jurisprudencia formada bajo la influencia más ó menos permanente del Poder Ejecutivo.

Entre esos autores hay quienes, como Mantellini, han ca-

racterizado el derecho diciendo que es "un interés protegido por la ley", definición que peca por comprender más de lo definido, porque también los simples intereses pueden estar protegidos por la ley y dar lugar á acciones ejercitables en la vía administrativa. Por otro lado, ha dicho con toda verdad, Meucci, que no basta con invocar un reglamento ni aún una ley en apoyo de un interés para que ya exista un derecho, sino que es necesario que ese interés se halle consagrado como una facultad por una parte y como una obligación por la otra.

Pero, en cambio, el mismo Meucci ha pecado por el otro extremo diciendo que el derecho es el interés protegido por la ley con acciones ejercitables ante la autoridad judicial", con lo cual su definición, haciendo depender el derecho de la jurisdicción, no comprende todo lo definido, pues resultaría entonces que en los países de tribunales administrativos no existirían nunca, entre los particulares y la Administración, cuestiones de verdadero derecho, lo que es de todo punto inadmisible.

Pero la diferencia entre esas dos definiciones, aparentemente extremas, no es sino superficial, y del desarrollo que ambos autores dan á sus respectivas fórmulas resulta que en lo fundamental ambas están de acuerdo, y coinciden, á la vez, con la del profesor Gianquinto, que es, á nuestro juicio, el que ha llegado á una conclusión más exacta en el fondo y más precisa en sus términos, diciendo que: hay cuestión de verdadero derecho cuando el reclamo del particular se funda en una disposición preceptiva ó prohibitiva, en un contrato celebrado con la Administración; no habiendo en todos los demás casos sino cuestión de simples intereses.

De la diferencia fundamental que dejamos establecida en las acciones ó en los recursos que pueden ser entablados contra los actos de la Administración, se han deducido dos consecuencias, una con respecto á la *jurisdicción* y otra relativa al *procedimiento*.

Todos los autores franceses y españoles, exceptuando de

estos últimos al profesor Posada, siguiendo las doctrinas que informan las legislaciones de sus respectivos países, establecen que cuando la Administración conoce de los reclamos dirigidos por los particulares contra sus resoluciones, ejercerá actos de *jurisdicción,* la cual es *graciosa* si los reclamos se fundan en simples intereses lesionados, y *contenciosa* si se basan en la lesión de un derecho. En esos conceptos coinciden también la generalidad de los autores italianos, para los cuales, como también para los anteriormente citados, la Administración procede por *vía de acción* ó los actos del Poder Administrador son *de administración pura* ó de *gestión* en tanto que no dan lugar á controversias promovidas por los particulares; empezando la jurisdicción desde que aquella controversia se produce.

Sin duda alguna, el objeto del litigio influye sobre la manera de resolverlo, pues razonablemente no puede resolverse por los mismos medios ni por las mismas autoridades una simple cuestión de intereses que una verdadera contienda de derechos. Pero la división entre actos de administración y actos de jurisdicción, y entre jurisdicción graciosa y contenciosa tal como la establecen las legislaciones á que nos hemos referido y los autores que en ellas se han inspirado, nos parece completamente inadmisible y falsa.

Por lo que se refiere á la jurisdicción, rechazamos las dos divisiones que de ella se hacen. La jurisdicción contenciosa ó contencioso-administrativa, en cuanto por ella se quiere indicar un poder propio de la Administración para resolver las contiendas de derecho en que se hallase interesada, es completamente inadmisible, porque la facultad jurisdiccional, la facultad de *juris dictio,* de decidir el derecho, es propia tan sólo del Poder Judicial, siendo un grave error constitucional y jurídico explicable únicamente dentro del viejo principio monárquico según el cual "la justicia emana del Rey", pretender que el Poder Administrador tenga por su propia naturaleza la facultad de decidir las contiendas de derecho. Puede suceder que la ley, por motivos más ó menos discutibles, faculte á la Administración para resolver los litigios

en que se hallare interesada; pero aún en tal caso, la Administración no ejercería una función propia sino una función judicial para la cual habría sido expresamente autorizada; de manera que, aún en ese caso, y como muy bien lo observa Orlando, tan impropio sería hablar de jurisdicción administrativa, porque la ejerce la Administración, como lo sería hablar de *jurisdicción legislativa,* como función propia del Poder Legislativo, porque el Senado desempeña una función judicial actuando como Alta Corte de Justicia según algunas legislaciones lo establecen para determinados casos.

Por eso dijimos al empezar este capítulo, que las expresiones jurisdicción administrativa ó contencioso-administrativa ó recursos contencioso-administrativos, no tienen para nosotros más sentido que el de indicar una jurisdicción ó una clase de recursos especiales por razón de la materia, pero sin que signifiquen, en manera alguna, un derecho propio de la Administración para ejercer la una ó para resolver los otros.

Y por lo que respecta á la jurisdicción llamada *graciosa*, el concepto resulta aún más contradictorio, porque cuando no se trata de reconocer un derecho sino de hacer una *gracia*, menos puede hablarse de Poder jurisdiccional, que en manera alguna puede tener aplicación al caso.

Como corolario de estas observaciones, no podemos tampoco admitir la división de los actos del Poder Administrador en actos de Administración y actos de jurisdicción, pues estos últimos, por más que tengan cabida dentro del sistema francés de lo contencioso-administrativo, no pueden tenerla dentro del que venimos delineando y acentuaremos más en el capítulo siguiente, sistema que limita la acción del mencionado Poder á la puramente administrativa, es decir, al cuidado de los intereses generales de la sociedad, pudiendo, dentro de ese orden, obrar con poder discrecional ó con potestad reglada, pero sin ninguna función jurisdiccional que es y no puede ser sino función privativa y propia del Poder Judicial.

La otra consecuencia de la división de los recursos dijimos que era con relación al procedimiento.

"A esa diferencia de acciones, dice Abella, proveniente de la importancia de los objetos á que se refiere, acomódanse las formas del procedimiento ó conjunto de trámites establecidos para el esclarecimiento de las cuestiones, á fin de que sobre las peticiones recaiga una resolución acertada. Cuando se ventilan asuntos comprendidos en las atribuciones discrecionales de la Administración, los medios de reunir los elementos del juicio ó decisión que han de terminarlos, forzosamente han de depender en gran parte de ese mismo carácter de libre arbitrio; y al contrario sucederá, cuando el negocio versa acerca de materias en que la Administración ha de obrar sujetándose á una norma señalada por disposiciones legales, sobre todo si al hacerla da margen á quejas fundadas en el quebrantamiento de relaciones jurídicas creadas y mantenidas por la ley expresa y directamente, ó de un modo cierto é indirecto. Por eso, si en lo discrecional de la Administración, los encargados de ejercerla son los que resuelven, en las cuestiones surgidas con motivo del uso que hayan hecho de su facultad reglada, llega un momento en que el debate reviste las severas condiciones de litigio, y entonces conocen de ellos verdaderos tribunales."

Nos concretaremos, por ahora, al estudio del recurso por violación de derechos; pero cuando estudiemos los reclamos por simple lesión de intereses, veremos que por más que la diferencia en los recursos ocasione procedimientos también diferentes y armónicos con la naturaleza de aquéllos, eso no quiere decir que cuando se trata de reclamos de la segunda especie, ni el procedimiento, ni el poder de decidirlos, puedan ni deban ser tan arbitrarios como lo suponen las palabras transcritas; y que por lo tanto las facultades discrecionales de la Administración tienen también sus límites que deban hacerse sentir, no sólo en la decisión, sino también en la tramitación de esos recursos.

SECCIÓN TERCERA

Establecido ya que los actos de la Administración que lesionan derechos adquiridos dan lugar á una reclamación que debe ser sometida á la competencia de autoridades especiales, y á procedimientos especiales también, y distintas aquéllas y éstos de las indicadas para los simples reclamos de intereses, vamos á ver todavía si á ejemplo de otras legislaciones, es necesario establecer distintos recursos por violación de derechos, ya según el carácter con que la Administración ha procedido, según la naturaleza del acto reclamado, el rol que la Administración tenga en el juicio, la naturaleza del derecho vulnerado, y finalmente la extensión y el carácter positivo ó negativo de la resolución que haya dado mérito al reclamo.

§ I

SUMARIO:—Examen de la doctrina que distingue en la Administración el Poder público y la persona privada, y en sus actos, los de esas dos categorías.—Observación sobre la importancia de estas distinciones. —Refutación de la teoría que las establece.—El Poder Administrador teniendo un solo fin actúa siempre con igual carácter.— La celebración de actos de carácter civil no hace de aquel Poder una persona jurídica privada.—Doctrina de Hauriou y de Santa María de Paredes sobre la personalidad jurídica pública de la Administración.—Demostración de que esa personalidad es la única que puede tener aquel Poder.—Imposibilidad de someter en absoluto á la Administración á las reglas de derecho común. —Trabajos de Mantellini y Perriquet en favor de esa tesis.—Ejemplos prácticos que confirman la misma proposición.—Examen de la distinción entre actos de Poder público y actos de *gestión*.—Conceptos de estos últimos según Hauriou.—Error de la doctrina que admite tal distinción del punto de vista jurisdiccional. —Importancia que ella tiene en la jurisprudencia francesa.— Distintos recursos establecidos por esa jurisprudencia contra los actos de una y otra clase.—El recurso *contencioso ordinario*, y el llamado por *exceso de poder*.—Sus diferencias.—Razón de haber establecido distintos recursos contra actos de igual naturaleza.— Porqué no se admite.

Eliminada toda cuestión relativa á los actos de poder político de los cuales ya nos ocupamos anteriormente, examinaremos en conjunto las diferencias que la generalidad de

los autores y las legislaciones hacen en los dos primeros casos que hemos indicado, y que en el fondo no forman sino uno solo, pues siendo los actos el resultado de las funciones, es evidente que según el carácter con que la Administración proceda, así será también el acto producido.

Hagamos notar ante todo que si bien la distinción entre actos de poder público y de persona privada tiene una importancia fundamental en el sistema francés porque en éste existen los tribunales administrativos para los actos de la primera categoría y los tribunales judiciales para los de la segunda, de manera que clasificar un acto dado en uno ú otro grupo importa someterlo á una ú otra jurisdicción sustrayéndola á la de los jueces ordinarios para someterlo á los administrativos ó viceversa, tal consecuencia no existe dentro del sistema que nosotros sostendremos en cuanto á las jurisdicciones, y que no admite para todos los casos sino tribunales del orden puramente judicial. Dentro de ese sistema la cuestión sólo tiene importancia para determinar la competencia *dentro de lo judicial*, el procedimiento y los efectos del recurso, que como más adelante veremos, deben ser distintos en los asuntos de derecho común, y en los de derecho público administrativo.

Hecha esa observación, pasemos á examinar la doctrina que establece la distinción á que nos referimos.

Observa Laferrière que durante la Convención y el Directorio, las leyes que á título de garantir la división de los Poderes probibían á los tribunales perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos é intervenir en los actos de la Administración de cualquier especie que fuesen, eran interpretadas de un modo tan amplio, que todos los actos de la autoridad administrativa eran indistintamente sustraídos á la competencia judicial. Pero, agrega luego: "esa doctrina absoluta no es la del derecho administrativo moderno. La jurisprudencia del Consejo de Estado la ha atenuado progresivamente sometiendo á un examen más atento el principio de la separación de los Poderes, y combinando la noción del acto administrativo con otra

noción muy abandonada al principio, que es la de las atribuciones fundamentales de la autoridad judicial. Según una doctrina universalmente admitida hoy, para excluir a competencia de los tribunales, no basta invocar un interés público ó dar una forma administrativa á actos que según su objeto, pertenecerían al derecho común. Es preciso que el carácter administrativo resulte de la naturaleza misma del acto y no únicamente de la cualidad de su autor ó del fin que éste se propone."

Para nosotros no puede menos que sernos muy respetable y significativa la evolución doctrinal que el autor hace notar, pero á pesar de eso debemos declarar francamente que por lo que en seguida vamos á decir no nos parece fundada, como no es tampoco tan completa como parece que lo indican las palabras transcriptas.

Los actos del Poder Administrador podrán por su naturaleza ser propios de aquel Poder como cuando éste expropia, cobra un impuesto ú otorga una pensión, ó podrán ser iguales á los que celebran los particulares, como cuando contrata; pero siempre, absolutamente siempre son actos ejercidos por el Poder público y en vista de un interés público también. La afirmación de que el Poder Administrador procede unas veces como Poder y otras como persona privada, afirmación que en el fondo es la misma tan admitida y corriente según la cual el Estado procede también en aquellas dos formas, ya hemos tenido ocasión de demostrar que es completamente inadmisible.

Sin insistir nuevamente en las demostraciones ya citadas de Meucci y Chironi, para que en el Poder Administrador existiesen las dos entidades que se pretende, sería necesario que esas entidades fuesen distintas por su origen, distintas por su constitución, y distintas por su fin; y ¿dónde existen semejantes diferencias? El Poder Administrador es siempre un órgano de la sociedad, el mismo en todos los actos, puesto que en todos desempeña la misma función que es y no puede ser otra que la de servir al interés común, pues es completamente inadmisible que aquel Poder

tenga dos fines, un fin propio y distinto al de la comunidad, y un fin de utilidad común. La Administración como el Estado no tienen más que un fin, que es el bien de la sociedad, que es lo único que determina la razón de su existencia y legitima su funcionamiento.

El hecho de que la Administración algunas veces compre, venda, arriende, en una palabra, contrate como cualquier persona jurídica capaz de derechos y obligaciones, no quiere decir por eso que en tales casos procede como persona *privada;* puede muy bien ser persona jurídica, y sin embargo no ser una persona meramente civil. Tan es así que aún los autores que admiten que la Administración puede proceder como persona jurídica privada, se ven obligados á reconocer que también actúa como persona jurídica pública.

" Sin duda, dice á ese respecto Hauriou, la personalidad jurídica administrativa en su aspecto de Poder público, no es todavía una noción corriente en la doctrina francesa; hasta ahora los autores más renombrados han limitado la personalidad jurídica del Estado á la persona privada. Parece que ellos hubiesen sido influenciados por la expresión " personalidad civil", y que ellos hubiesen creído que la personalidad jurídica no puede exceder los límites del derecho civil. Sobre este punto el Derecho internacional público les da un singular desmentido al referirse á la personalidad jurídica de los Estados, al derecho de soberanía territorial, al considerar los tratados diplomáticos como modos de adquirir de que el Estado tiene el derecho de usar, etc.... Hay una serie de operaciones administrativas por las cuales el Estado se hace acreedor, deudor, propietario, operaciones que le son especiales, que son directamente requeridas por los servicios públicos, tales como la expropiación por causa de utilidad pública, los trabajos públicos, los contratos de aprovisionamientos, los empréstitos públicos, los impuestos, las liquidaciones de pensiones, etc. Esas operaciones son incontestablemente hechas por el Estado persona jurídica puesto que lo hacen acreedor, deudor, propietario. Pero entonces una de dos cosas: ó esas operaciones son ligadas á la personalidad

pública del Estado, y es preciso reconocerlo así, ó bien son ligadas á su personalidad privada; pero en ese caso, ésta excede á la persona civil ordinaria, la cual no comprende ni el derecho de expropiar ni el de percibir impuestos, ni los privilegios que encierran los contratos de obras públicas, etc., etc."

Y como Hauriou, Santa María de Paredes reconoce también *la dualidad de aspectos de la Administración como persona jurídica contratante,* diciendo: "El objeto del contrato puede determinar y determina una diversa manifestación de la personalidad jurídica sujeta del mismo. Y por lo que se refiere á los contratos de la Administración, fácil es distinguir que unas veces tienen por objeto satisfacer necesidades comunes á todo individuo ó corporación, y otras veces necesidades derivadas de su peculiar naturaleza ó función propia. Ahora bien: cuando contrata sobre las primeras, obra como una persona jurídica cualquiera, rigiéndose por las reglas generales de la contratación que establece el derecho común; pero cuando contrata sobre las segundas, obra como persona jurídica encarnación del Estado, la Provincia ó el Municipio, para realizar los principios que constituyen su modo especial de ser y de funcionar, y se rige por las reglas también especiales que determina la índole de los servicios objeto del contrato".

Se ve, pues, cómo los autores que hablan de la personalidad jurídica de la Administración, se han visto en el caso de reconocer que por lo menos esa personalidad tiene una doble faz, la pública y la privada. Pero ahora vamos á ver que no puede tener más que una, que es la pública.

No hablemos ya de Mantellini que ha escrito tres interesantes volúmenes sobre *Lo Stato e il Codice Civile,* para demostrar que aun cuando se aplique aquel derecho al Estado, debe ser un derecho civil especial, tanto en lo que se refiere á la persona, á los bienes, como á los derechos y obligaciones; y que para definir las relaciones civiles del Estado con los particulares, es necesario acompañar al Código las leyes administrativas, para deducir los principios que deben atemperar con la pública, la razón privada". Y así como

Mantellini en Italia, Perriquet en Francia ha demostrado la misma teoría en su libro sobre *Les contrats de l'État*. Pero repetimos, prescindamos de eso y tomemos un caso práctico para demostrar la imposibilidad de admitir que el Estado puede regirse en absoluto por el derecho común, cuando por su naturaleza es de derecho común el acto ó el contrato celebrado.

Evidentemente, si hay algún contrato que no requiere facultades de poder público, es el de arrendamiento. Pues bien: supóngase que el Estado arrienda una propiedad para el alojamiento de tropas. Pasan unos cuantos meses y no se paga el alquiler. El propietario se presenta judicialmente y aplicando las reglas de derecho común, pide el desalojo y embargo de los bienes existentes dentro del edificio: ¿Qué situación se produciría entonces? ¿cómo se hace efectivo el desalojo en caso de resistencia? ¿sobre qué bienes se podría trabar el embargo, sobre las armas, sobre las municiones que puedan existir dentro del cuartel? ¿quién no ve la imposibilidad de aplicar á ese caso que por su naturaleza es de derecho común, las reglas del derecho privado? ¿Y qué es lo que hace imposible tal aplicación? No seguramente la naturaleza del contrato como dice Laferrière, sino el servicio público que el contrato tiene por fin.

Veamos otro caso que es también de los más concluyentes. Supongamos que se siga contra el Estado una reclamación por daños y perjuicios, que será al fin la reclamación de una deuda surgida de un hecho ilícito, de una falta contractual ó aquiliana. Por su naturaleza nada más de derecho común que todo eso, y, sin embargo, ¿cómo se hará efectiva la sentencia condenatoria? ¿acaso por los principios de aquel mismo derecho? Nada más inexacto.

He ahí, pues, cómo, no la naturaleza de los actos, sino su fin ó las condiciones especiales del Poder Administrador contra el cual se reclama, impiden que á éste se considere absolutamente como persona privada, aún tratándose de relaciones jurídicas que, por su naturaleza, tengan aquel carácter. Por consiguiente, es indudable que la personalidad jurídica de la

Administración tiene siempre las peculiaridades de una persona pública, siendo de todo punto imposible que pierda, en algún caso, ese carácter para convertirse en persona privada.

Dado ese antecedente, es notoriamente ilógica é injustificada y muy especialmente del punto de vista jurisdiccional la evolución que, según hemos visto antes, hace notar Laferrière. Lo es en el sistema francés porque si la jurisdicción administrativa está fundada en la necesidad de garantir al Poder Administrador contra la intervención del Judicial, aquella jurisdicción debe aplicarse á todos los actos del primero de esos dos Poderes, puesto que en todos los casos actúa y no puede actuar sino en el ejercicio de sus funciones de Poder público, que son las únicas funciones que tiene. Y es también infundada é ilógica dentro de nuestra doctrina, porque, aunque nosotros no admitimos sino la jurisdicción de los tribunales judiciales en la forma que más adelante indicaremos, esa misma jurisdicción con su procedimiento propio debe aplicarse en todos los casos, desde que siendo la misma la función, las razones que lo justifiquen en unos lo justificarán igualmente en otros.

Esta nos parece que es la verdadera solución del problema que venimos estudiando; la única conforme con la naturaleza de las cosas, la única que habría evitado al viejo abogado del cuento decir á su interlocutor que lo contencioso-administrativo se distingue solamente así como las señoras distinguen el hilo del algodón; la que habría evitado á Abella decir que después de cincuenta años de aplicarse la ley todavía no se sabe en España qué es lo que caracteriza precisamente aquel género de cuestiones, y la única que habría evitado á Laferrière decir que "las fronteras que separan lo contencioso-administrativo de lo judicial, son á menudo puramente *convencionales*, indicadas por textos que se prestan á la controversia, hechos todavía más indecisos por la necesidad de los litigios, por las proporciones muy variables en las cuales pueden combinarse los elementos de la competencia administrativa y de la competencia judicial, y algunas veces también por las sutilezas de los legistas y las vacila-

ciones de la jurisprudencia", vacilaciones inevitables, agregaremos nosotros, desde que se adopta un criterio que, como el de la *naturaleza del acto,* choca con la realidad de las cosas, y es, por consiguiente, de aplicación racional imposible en la mayoría de los casos.

Pero la legislación francesa no sólo distingue los actos de gobierno y los de persona privada, sino que, dentro de los actos de gobierno, distingue los de *Poder público* de los de *gestión,* los primeros son los que en sí mismos importan ejercicio del Poder público, y los de gestión son los que por sí mismos no importan ejercicio de aquel Poder, sino que están ligados á él, según dice Hauriou, "por el mecanismo del funcionamiento del servicio, es decir, que son medidas de ejecución de los actos de Poder público que los han precedido, como sucede, por ejemplo, con un contrato de obras públicas, el cual constituye un acto de gestión, que es el cumplimiento del de Poder público que ha decretado la ejecución de la obra."

A nuestro juicio, esa distinción es también de todo punto inadmisible, pues en realidad tan envuelve ejercicio de poder la resolución de ejecutar una obra como el acto de contratarla, puesto que sólo el Poder público es el que puede encargar la ejecución de aquélla; siendo esto tan evidente que por esa misma contratación se ceden al adjudicatario verdaderas facultades del Poder mencionado, como son las relacionadas con la expropiación y las servidumbres de utilidad general para la construcción y establecimiento de la obra. Y esto que decimos del ejemplo que tomamos del autor citado, podríamos decirlo de cualquier otro que tomásemos, y que nos demostraría igualmente cuán sutil y falaz es esta división en actos de gestión y actos de Poder público.

En cuanto á la importancia que en el Derecho francés tiene semejante clasificación, es con respecto al recurso de que son susceptibles los actos de una ú otra categoría. Hay que tener presente que, según aquella legislación, el recurso contencioso-administrativo puede tener dos formas, el recurso con-

tencioso ordinario, que es un recurso de *revisión* en virtud del cual el acto reclamado puede ser roformado, y el recurso por *exceso de poder* que es de simple *anulación* puesto que sólo da lugar á que el acto sea anulado, pero sin que por eso sea modificado. Pues bien; veamos cuándo procede la aplicación de uno y otro.

Observa el autor antes citado, en el número 542 de su segunda edición, que no toda violación de derecho da lugar al recurso contencioso ordinario, sino que para que eso suceda es menester que se trate de un derecho reconocido precisamente en vista del acto administrativo que ha causado la violación, es decir, que debe existir una relación íntima entre el derecho violado y el acto que lo viola. Cuando esa relación no exista, cuando el derecho violado se funda en disposiciones de otro orden, ajenas al acto que ha causado la violación, entonces el recurso que procede, dice, es el de exceso de poder. Y en su tercera edición, al estudiar los actos administrativos del punto de vista jurisdiccional, dice en las páginas 288 y 289 que: los actos ordinarios de Poder público dan lugar al recurso por exceso de poder y los de gestión al recurso contencioso. Ahora bien: como los primeros de esos actos hemos dicho que sólo crean derechos revocables, mientras que son irrevocables los que originan los segundos, de ahí que el mismo autor, queriendo caracterizar en breves palabras los dos recursos á que nos venimos refiriendo, concluye: " el recurso contencioso ordinario nace de la violación de un derecho adquirido irrevocable y determinado, y el de exceso de poder nace de la violación de un simple interés ó de un derecho adquirido, revocable ó indeterminado, en cuyo último caso están aquellos derechos que aunque reconocidos en principio son susceptibles de más ó menos limitaciones según los casos, como sucede, por ejemplo, con la propiedad sujeta á ciertas servidumbres de utilidad pública.''

Para comprender de una manera más evidente la notoria inconsistencia y arbitrariedad de que adolece semejante diferencia de recursos tratándose de actos administrativos de

igual naturaleza jurídica, bastará tener presente los fundamentos en que ella se apoya con arreglo á las doctrinas de la jurisprudencia francesa.

Según observa Laferrière, el recurso por exceso de poder no se aplicaba primitivamente sino á los casos de incompetencia y de violación de formas. Más tarde y habiendo el decreto de 2 de Noviembre de 1864 simplificado los gastos y el procedimiento de dicho recurso, el Consejo de Estado opinó que aquél debía comprender también las reclamaciones por violación de derechos, á fin de que aprovechasen igualmente de aquellos beneficios, "pues que una parte no merece menos favores cuando denuncia un acto violatorio de su derecho individual, que cuando reclama de un acto de incompetencia ó de una violación de formas que no perjudica más que su interés".

Esa evolución, sin embargo, no es tan fundamental como pudiera creerse, pues antes de operarse, la violación de la ley ya daba lugar al recurso contencioso de anulación, que aparte de ciertos detalles de procedimiento en el fondo era exactamente igual al recurso por exceso de poder. Ocurre entonces preguntar: ¿por qué se establecen recursos diferentes, llámense de anulación ó de exceso de poder en unos casos y de revisión ó contencioso-administrativo ordinario en otros, siendo así que en todos se trata de reclamar contra actos de igual naturaleza jurídica, contra actos igualmente lesivos de derechos adquiridos? La pregunta puede tener su contestación en los siguientes términos. La jurisprudencia francesa ha seguido la distinción entre actos de Poder público y actos de gestión, lo mismo que la de actos de Gobierno y de persona privada con la cual puede decirse que se confunde, sin más objeto práctico que sustraer ciertos hechos del Ejecutivo á la acción de los tribunales. Pero comprendiendo que los derechos lesionados por un acto de los llamados de *Poder público*, no podían quedar desamparados, y creyendo por otra parte que tal recurso de revisión ó de lo contencioso-administrativo ordinario concedido contra los actos de *gestión* ó de persona privada, podría trabar la acción del Go-

bierno, lo que sería muy dudoso tratándose de Tribunales administrativos, — establecieron entonces para los actos de autoridad el recurso de *exceso de poder*, el cual por ser simplemente de *anulación* y seguirse ante el Consejo de Estado, ofrece al Gobierno mayores garantías, al mismo tiempo que abre á los damnificados una nueva esperanza que antes no tenían. En este último sentido ha dicho Hauriou, atribuyéndole á la reforma una eficacia que nos parece muy dudosa, que " el gran mérito del recurso por exceso de poder consiste en haber sometido al derecho los actos de Poder público."

Pero semejante explicación ni ninguna otra puede tener cabida cuando no se acepta, como nosotros no aceptamos, la diferencia entre actos de poder y actos de gestión, y menos aún desde que, como lo veremos en el capítulo siguiente, damos al recurso por violación de los derechos adquiridos un alcance más limitado que el del recurso contencioso ordinario de la legislación francesa, con lo cual en ningún caso puede estar en peligro ni la división de los Poderes ni la independencia legítima de la acción pública administrativa.

Diremos, pues, para concluir con las distinciones que hasta ahora hemos considerado, que si bien la doctrina que con respecto á ella hemos expuesto no está de acuerdo con la legislación ni la jurisprudencia francesa ni con la doctrina de los autores que en ella se han inspirado, es la seguida por la legislación, la jurisprudencia y la generalidad de los autores italianos, que á diferencia de los anteriormente citados, no admiten funciones judiciales en la Administración á título de que ésta se halla interesada en el litigio, y coinciden por el contrario en reconocer con Gianquinto, que:

" Con relación á la cualidad del público agente nada importa que la Administración intervenga en el litigio como actora ó como demandada; ni que figure en él como parte contratante como en un contrato de obras ó aprovisionamientos públicos, ó como Poder público é imperante como en una cuestión de impuestos ó de enrolamiento militar ó de indemnización por expropiación. Con tal que la Administración pública esté interesada en la controversia, si el objeto de ésta

50

es un verdadero derecho, la competencia no pertenece sino á los tribunales ordinarios. Y en relación al carácter del acto que motiva el juicio, tampoco importa que sea una providencia del Poder Ejecutivo como un decreto real de concesión de una mina ó una providencia de la autoridad administrativa, como un decreto prefecticio. En todos los casos, la cualidad del agente ó el carácter del acto no pueden alterar la esencia del criterio esencialmente *objetivo* de la competencia judicial."

§ II

SUMARIO:—Distinto rol que la Administración puede tener en el juicio.—Indiferencia de ese hecho del punto de vista jurisdiccional.

Nosotros consideramos lo contencioso-administrativo como un recurso contra los actos de la Administración violatorios de derechos adquiridos. Lo hacemos así, porque es esa la forma más común en que aquel recurso se presenta. Se comprende, sin embargo, que en las contiendas administrativas, la Administración lo mismo que puede ser demandada, puede ser actora, como ocurre por ejemplo entre nosotros, con las acciones entabladas para el cobro de algunos impuestos entre los cuales se halla la contribución inmobiliaria, el de tabacos, etc., etc.

Los casos en que la Administración sea actora serán más ó menos frecuentes según la mayor ó menor aplicación que tengan el procedimiento judicial y el administrativo, para la ejecución de las resoluciones de la Administración que deben ser cumplidas por los particulares, pues se comprende que, cuanto más facultada esté aquélla para llevar adelante sus resoluciones, más frecuente será el caso en que los particulares se vean obligados á asumir el rol de demandantes.

El carácter que la Administración tenga como parte en el juicio, es decir, el hecho de que intervenga como actora ó como demandada, no tiene absolutamente trascendencia de ninguna clase, como acabamos de ver que expresamente lo

reconoce el profesor Gianquinto al principio del párrafo anteriormente transcripto.

§ III

Sumario: — Diferencia jurisdiccional fundada en la naturaleza de los derechos lesionados.—Derechos *sustanciales* y derechos *formales*. — Distinción que con respecto á los primeros hacen la jurisprudencia francesa y la española.—Su inconsistencia.—Doctrina contraria de la legislación italiana.—Derechos *formales*.—Distinción hecha por la jurisprudencia española entre el *abuso de autoridad* y el *exceso de poder*.—Recursos á que esos vicios pueden dar lugar según aquella misma jurisprudencia. — Doctrinas que sobre ese mismo punto siguen las legislaciones francesa é italiana. —Cuestión suscitada por Laferrière sobre el recurso motivado por vicio de incompetencia.—Distinción hecha por dicho autor entre *usurpación notoria* y *usurpación dudosa*, y efectos que les atribuye á una y otra.—Nulidad absoluta y nulidad relativa del acto, causadas respectivamente en uno y otro caso.—Crítica de esa doctrina.—¿La nulidad absoluta puede dar lugar á algún recurso? Opinión contraria de Laferrière. Su examen.—Inaplicabilidad de la teoría de los *actos inexistentes*, al derecho público administrativo.—¿El acto viciado de nulidad puede causar estado? Inconsistencia de la solución afirmativa sostenida por el tratadista Alfaro.—Efecto del acto realizado con incompetencia, con respecto á las autoridades cuyas funciones han sido usurpadas. — Violación de las formalidades legales. Sus efectos en cuanto á los reclamos que pueden originar.—Distinción entre formalidades establecidas en interés de la Administración y las establecidas en beneficio de los particulares.

Veamos ahora la diferencia fundada en la naturaleza de los derechos lesionados, diferencia que en el fondo coincide con la que recién acabamos de estudiar.

La legislación francesa hace una distinción según que aquellos derechos sean *sustanciales* ó meramente *formales*. Con respecto á los primeros, sabemos ya que distingue además los que son de carácter *público administrativo* y los que son de *orden privado*, estableciendo que sólo los de la primera categoría dan lugar á reclamos de jurisdicción contencioso administrativa; correspondiendo á la jurisdicción común el conocimiento de los litigios ocasionados por la violación de los segundos.

En España la ley actualmente en vigencia que es la de 22 de Junio de 1894, y lo mismo lo han dicho las que sobre la materia han existido antes, sigue un temperamento análogo al de la legislación francesa, pues dispone que para que pro-

ceda el recurso contencioso-administrativo, es necesario que "el acto realmente vulnere un derecho de *carácter administrativo* establecido anteriormente en favor del demandado, por una ley, un reglamento ú otro precepto administrativo." (Artículo 1.º inciso 5.º de la ley citada).

En cuanto á la legislación italiana, sigue un criterio distinto, pues por el artículo segundo de la ley de 20 de Marzo de 1865, corresponde á los tribunales ordinarios el conocimiento de todas las causas en que se haga cuestión de un *derecho civil ó político*, en que se halle interesada la Administración, ya sean emanadas del Poder Ejecutivo ó de la autoridad administrativa.

Por derechos políticos entiende la ley italiana, según lo expresan sus comentadores, los que se refieren á las relaciones entre los particulares y la cosa pública, entre el ciudadano y la sociedad, entre las personas privadas por una parte y el Gobierno ó la Administración por otra; distinguiéndose entre ellos, según lo expresa Gianquinto, los derechos políticos en sentido estricto ó derechos cívicos que son los que dan al ciudadano la facultad de intervenir en la formación y en el funcionamiento de los Poderes públicos, y los derechos administrativos que podríamos definir diciendo que, son los acordados por disposiciones ó contratos respectivamente dictados ó celebrados en el desempeño de los servicios que la Administración tiene á su cargo, contratos y disposiciones que así como dan á aquélla ciertas facultades le imponen á la vez ciertas obligaciones para con los particulares, dando así á éstos los derechos correlativos. A esos derechos administrativos es que principalmente se refiere el artículo 2.º de la ley italiana, pues los demás incluídos en la clasificación de políticos son objeto de otras disposiciones especiales.

Se ve, pues, que las dos primeras de las legislaciones citadas distinguen los derechos administrativos de los derechos privados para someterlos á la protección de jurisdicciones diferentes; mientras que la legislación italiana habla de unos y otros para hacer constar que los litigios á que ellos dan lu-

gar corresponden todos á la jurisdicción de los tribunales ordinarios; no admitiendo en consecuencia distinción alguna de ese punto de vista, entre los derechos de una y otra categoría.

Por nuestra parte, no es dudoso que esa es la verdadera solución, por la razones que adujimos al estudiar la cuestión relativa á la división de los actos de la Administración en actos de Poder público y de persona privada, así como por lo que agregaremos al estudiar las jurisdicciones que deben conocer de los recursos contra los referidos actos.

Y si la ley italiana en lo que se refiere á la jurisdicción no hace diferencia alguna fundada en la naturaleza del derecho lesionado, creemos que tampoco la hace con respecto al procedimiento, pues el artículo 10 establece que las controversias que se suscitan entre los particulares y la Administración *serán tratados siempre* en audiencias fijas. Sin embargo, debemos reconocer que algunos tratadistas italianos de derecho administrativo general, refiriéndose á los litigios con la Administración, hablan de lo contencioso administrativo y de lo contencioso ordinario; pero no fundan esa distinción en ningún texto legal expreso, cuya existencia por nuestra parte tampoco nos ha sido posible comprobar.

Examinemos ahora el caso en que el derecho lesionado sea puramente *formal.*

Comentando la legislación y la jurisprudencia españolas al respecto, empieza Abella por establecer lo que según ellas se entiende por *abuso de autoridad* y por *exceso de poder*.

" Hay abuso de autoridad, dice, en los actos cometidos con incompetencia por razón de la materia, y *exceso de poder* cuando recayendo el acto en asunto que compete á quien lo ejecuta, se adoptan resoluciones para las cuales carece de potestad, ó cuando hay quebrantamiento de *trámites sustanciales* porque éstos tienen por objeto asegurar el acierto de las providencias en beneficio público, y prescindir de ellos equivale á arrogarse facultades no concedidas por las leyes ". Y agrega luego con respecto á los recursos que en esos casos pueden ser entablados: " Nuestra legislación no establece

tramitación especial para los casos de abuso de autoridad ó exceso de poder, más que cuando con ello surgen contiendas entre las autoridades (caso de conflicto). En los demás casos el recurso utilizable es objeto de apreciaciones doctrinales muy diversas. Quieren unos que se emplee el contencioso administrativo, pero realmente no parece acertada esa opinión, porque la materia contenciosa difiere de aquellos actos tanto como hemos indicado antes (se refiere á que en las demandas contenciosas se persigue la revisión de la providencia en cuanto al grado, mientras que en los casos de abuso ó de exceso de poder se trata de averiguar solamente si hubo incompetencia ya sea en la materia ó en la forma), y lo demuestra, además, la circunstancia de que la providencia excesiva ó abusiva ha podido ser dictada en uso de la potestad discrecional, cuyos actos están excluídos de la citada materia. Para otros, la resolución dictada con abuso ó exceso, jamás acusa estado (condición indispensable en el derecho español para que proceda el recurso contencioso), por ser nula, y en todo caso cabe contra ella reclamación al superior jerárquico".

Y concluye: "De todos modos la seguridad de los derechos particulares y la subsistencia de los actos administrativos piden de consuno que no se deje al arbitrio de las autoridades gubernativas el reconocimiento ó negación de lo que á cada uno corresponde. Por eso aunque dijimos que el derecho escrito nada había establecido al respecto, la jurisprudencia llenando ese vacío, admitió los recursos entablados en la vía contenciosa por abuso de autoridad ó exceso de poder, hasta que el Consejo de Estado modificó su anterior criterio, afirmando, y á nuestro entender con razón, que si la violación de formas ó la incompetencia afectan á objetos impropios de la jurisdicción contencioso-administrativa, no procede el recurso de este orden, mientras que los interesados pueden acudir á los instituídos para la exacción de responsabilidad á los funcionarios y agentes de la Administración."

Tal es el estado de la jurisprudencia española sobre el asunto. Si la materia es contenciosa, la incompetencia ó vio-

lación de formas dan lugar al recurso también contencioso; y si la materia es discrecional, el único recurso de los perjudicados es la responsabilidad del funcionario.

Más radicales la jurisprudencia francesa y la italiana, no admiten semejante distinción fundada en el carácter de la cuestión de fondo, sino que por el contrario, establecen de una manera invariable y absoluta, la primera, que la incompetencia y los vicios de forma no son jamás objeto del recurso contencioso ordinario, sino del llamado por exceso de poder; y la segunda que aquellos vicios que contituyen según ella la ilegitimidad del acto, ilegitimidad que puede ser por incompetencia ó por extralimitación de facultades ó violación de formas, no dan jamás lugar sino al recurso judicial como cualquier reclamo por violación de un derecho sustancial, y aún cuando la incompetencia ó la violación de formas se hubiesen producido en una reclamación del orden administrativo discrecional.

Para nosotros es indudable que esa es la verdadera solución. Si los derechos sustanciales deben estar amparados por los tribunales, lo mismo deben estarlo los formales que son la garantía de aquéllos; y si la cuestión de fondo es de la competencia administrativa discrecional, aún entonces, las formalidades del reclamo puramente administrativo, deben estar protegidas por aquellos mismos tribunales, porque aún en ese caso aquellas formalidades lejos de ser de carácter discrecional para la Administración, en el pensamiento del legislador, son, como lo reconoce el mismo Laferrière, verdaderas garantías ofrecidas á los interesados, al público, á la Administración misma, contra las resoluciones precipitadas ó insuficientemente estudiadas; cada una de ellas tiene por objeto evitar un error, impedir una injusticia y asegurar la madurez y el acierto en las disposiciones administrativas.

Con respecto á la incompetencia, observa sin embargo el autor á quien acabamos de citar, que el recurso contencioso (se refiere al de anulación, que es el que establece para ese caso la legislación francesa) no procede cuando aquélla es de tal magnitud que importa la *usurpación notoria* de funciones corres-

pondientes á otro de los Poderes del Estado, en cuyo caso, dice, "bastará con hacer constar la inexistencia legal del acto ante la autoridad ó jurisdicción que exija su cumplimiento, y bastará con eso, agrega, porque si fuese necesario en tales casos establecer el recurso para la anulación, resultaría que los actos viciados de una incompetencia tan absoluta, quedarían validados si no se hubiere interpuesto en tiempo el recurso, validación que si es admisible tratándose de actos *anulables* como son los viciados de una incompetencia *dudosa*, no puede aceptarse tratándose de actos que en sí mismos son inexistentes". Como se ve, esta doctrina coincide en gran parte y aunque por otros motivos con la sostenida por los tratadistas españoles á que alude Abella en las palabras antes citadas, al decir que las providencias viciadas de exceso ó de abuso de poder no son susceptibles del recurso contencioso, porque jamás causan estado, pudiendo en todo tiempo ser revocadas administrativamente.

No estamos conformes con la doctrina del ilustre tratadista francés No nos parece acertada la diferencia que éste hace entre incompetencia notoria é incompetencia dudosa, ó lo que es lo mismo entre nulidad absoluta que no da lugar al recurso por causar la inexistencia del acto, y la nulidad relativa que hace el acto no nulo de pleno derecho, sino anulable por medio del recurso respectivo sin el cual resultará perfectamente válido.

En el derecho sustancial privado puede hablarse de nulidades absolutas y de nulidades relativas, porque unas y otras están definidas y caracterizadas con toda precisión; pero en materia de competencias de derecho público administrativo, no lo están ni pueden estarlo por la razón que el mismo autor reconoce cuando para demostrar la existencia de usurpaciones dudosas dice: "hay, sin embargo, casos en que los límites de la competencia administrativa, sea respecto de la autoridad judicial y de los derechos privados, sea aún respecto del Poder Legislativo, son bastante difíciles de fijar de manera que no se puede asimilar á una usurpación *manifiesta* de poder todo error de la Administración

y declarar su acto inexistente". Y siendo así, establecer que para que la nulidad exista debe ser declarada en unos casos y en otros no, es ocasionar controversias frecuentes que forzosamente deben causar la inseguridad de las providencias administrativas; tanto más si como el mismo autor lo enseña, las nulidades que en el derecho común son de estricta interpretación, de manera que sólo existen cuando se hallan establecidas expresamente en la ley, en materia administrativa el silencio de aquélla puede ser suplido por las autoridades que deben aplicarla—diferencia fundamental entre ambos casos que el autor justifica en los siguientes términos: "las leyes administrativas á diferencia de las civiles se limitan casi siempre á ordenar que tal forma será requerida, tal verificación hecha, sin explicarse sobre la sanción de esas prescripciones, de manera que esa sanción no existiría jamás si la nulidad no existiese sino cuando fuese expresamente establecida en la ley".

En segundo lugar tampoco nos parece razonable ni fundado que un mismo vicio legal ó sea la incompetencia por materia produzca efectos tan distintos como los de la nulidad absoluta y los de la nulidad relativa, nada más que porque en unos casos sea dicha incompetencia más fácilmente reconoscible á *prima facie* que en otros. Las nulidades se fundan y no pueden fundarse sino en el acto mismo, en sus condiciones propias; son esas condiciones las que determinan al legislador á establecer que tales actos no tendrán valor *en ningún caso,* ó que podrán tenerlo si la parte interesada no pide su anulación; pero de ningún modo es ni puede ser motivo de aquella diferencia la mayor ó menor facilidad con que el juicio individual perciba la nulidad existente, porque eso equivaldría á suprimir las nulidades absolutas, pues con sólo provocar discusión con respecto á su existencia, podría alegarse que no se trataba de nulidades manifiestas sino dudosas y perfectamente discutibles y discutidas, á menos que el que aprecie el grado evidente de la nulidad, sea solamente el magistrado, en cuyo caso podría éste calificar las nulidades á su arbitrio; todo lo cual es completa-

mente inadmisible. En otros términos: si es la usurpación *en sí misma* la que causa la nulidad absoluta ó la inexistencia del acto como lo afirma Laferrière, con respecto á la incompetencia notoria, debe causarla igualmente en todos los casos en que la incompetencia existe; y si lo que causa la nulidad absoluta ó la inexistencia del acto es el *grado de notoriedad* de la usurpación, no puede decirse que sea ésta la que *por sí sola* produzca en caso alguno la inexistencia del acto.

La distribución de las funciones públicas entre los diversos Poderes del Estado y entre los diferentes órganos de un mismo Poder, no puede menos que ser de orden público puesto que en ella están interesados los principios de organización política de la sociedad; y por lo que á la Administración se refiere, el buen desempeño de los servicios que ella tiene á su cargo. Por consecuencia, todos los actos que contrarían la dicha distribución invadiendo las atribuciones de otros funcionarios del mismo orden ó de otro Poder, son forzosa y absolutamente nulos.

Pero esto no quiere decir que los interesados á quienes tales actos perjudiquen no puedan deducir contra éstos recurso alguno por aquello de que "lo que es absolutamente nulo no existe y lo que no existe, la nada, no es susceptible de reclamación ni de anulación de ningún género." Esta teoría de los actos *inexistentes*, podrá ser más ó menos sostenible en el derecho sustancial privado porque en las relaciones de ese orden el interesado en la nulidad, aun cuando no la pida como actor, puede siempre excepcionarse con ella. Pero en el orden público administrativo si bien puede hacerse lo mismo tratándose de actos cuyo cumplimiento haya de exigirse ante los tribunales, como sucedería, por ejemplo, con respecto á los contratos ó actos cuya ejecución haya de hacerse por el procedimiento judicial, no sucede otro tanto en los casos en que para dicha ejecución se siga el procedimiento administrativo, pues entonces el interesado en impedir la ejecución del mandato administrativo, debe forzosamente constituirse en actor y reclamar ante la jurisdicción que corresponda, la de-

claración de nulidad que ha de impedir la ejecución del acto lesivo.

De manera, pues, que tanto porque aún suponiendo que el acto realizado con incompetencia es inexistente, nada impide el pronunciamiento especial que á ese respecto pudiera solicitar el interesado para su mayor seguridad, como porque ese pronunciamiento es indispensable en los casos que hemos indicado por más que el reclamante pueda tener también razones de fondo que alegar contra el acto reclamado, por una y otra razón, nosotros opinamos que el recurso de incompetencia por abuso de poder debe ser establecido á pesar de tratarse de nulidades absolutas.

En esto estamos de acuerdo con los autores españoles que sostienen el recurso contencioso contra los actos dictados con abuso ó usurpación de poder; pero nuestro fundamento para opinar así es el que acabamos de indicar y no el que esos autores aducen. Así, por ejemplo, dice Alfaro en su "Tratado de lo Contencioso", que dicho recurso procede porque los actos administrativos, aún cuando sean realizados con incompetencia, *deben causar estado*, porque si pudieran ser revocados gubernativamente, en cualquier tiempo, carecerían de estabilidad los derechos administrativos.

Consideramos que tal raciocinio es infundado é inconducente. En efecto; á la inversa de lo que el autor supone, es perfectamente natural y lógico que no tengan estabilidad los derechos adquiridos indebidamente ó sea en virtud de un acto abusivo, y hasta es conveniente que así sea; pero no es conveniente, ni lógico ni natural, que á título de dar estabilidad á esos derechos ilegítimos, cause estado el acto que los ha creado y que la usurpación de funciones que envuelve dicho acto, deba ser respetada por las autoridades á quienes legítimamente les corresponde intervenir en el caso. Por eso decimos que el argumento es infundado; y ahora agregaremos que es inconducente, porque si se trata de conservar derechos, los favorecidos seguramente no reclamarán contra el acto que se los acuerda, por abusivo que sea; el reclamo se entablará contra el acto que deniegue ó lesione

derechos preexistentes de que la parte se crea asistida, y en cualquiera de esos dos casos el argumento fundado en la necesidad de conservar los derechos acordados por el acto abusivo, es completamente fuera de lugar.

Esto por lo que se refiere á los particulares. En cuanto á las autoridades cuyas funciones han sido usurpadas, si bien es lógico suponer que el favorecido por un acto realizado con dicha usurpación, no reclamará de ese hecho, es también evidente que su silencio no puede impedir que la autoridad que ha cometido el abuso reaccione, ó que aquellos funcionarios cuyas funciones han sido usurpadas, tomen la intervención que legítimamente les corresponde. Y en esto estamos de acuerdo con Laferrière, cuando dice que no es posible admitir que los actos realizados con usurpación de poder tengan un carácter definitivo y obligatorio si el particular no interpone el recurso de anulación.

En cuanto á la procedencia del recurso contencioso por violación de las formalidades legales, no ofrece tanta dificultad ni discrepancias como el caso de incompetencia que acabamos de estudiar. Así es que después de recordar la observación que hicimos anteriormente respecto al derecho de los magistrados á suplir las nulidades no establecidas en la ley expresamente, agregaremos que el único caso que es objeto de apreciaciones contradictorias, es aquel en que el requisito totalmente omitido, ó la irregularidad de omisión de detalle, incurridos en el cumplimiento de una formalidad cualquiera, se hallen establecidos no en beneficio de los particulares sino en interés de la Administración, como por ejemplo, cuando se omite el certificado de capacidad que algunas leyes exigen á todo proponente que se presente á la licitación de una obra pública.

Laferrière, sin dejar de reconocer que la cuestión es dudosa, se inclina á opinar que no hay motivo para distinguir entre las formalidades establecidas en beneficio de la Administración y en beneficio de los particulares, pues á su juicio todas están en el número de esos casos porque se imponen en el interés del acto mismo, de su corrección, de su

madurez, en una palabra, con el fin de una buena administración, de donde resulta que se puede reclamar de la omisión, aún cuando ésta no lesione el interés personal del reclamante. Parece que esa es también la doctrina consagrada por la última jurisprudencia del Consejo de Estado en Francia, y decimos la última, porque la anterior seguía la distinción á que nos hemos referido, y de la cual, á nuestro juicio, no sería posible prescindir en muchos casos, pues si la irregularidad cometida, perjudique ó no á la Administración, es indiferente para el particular, éste no tendrá interés ninguno en reclamar, y sabido es que sin interés no hay acción, según un conocido y fundamental principio de derecho procesal.

§ IV

SUMARIO:—Diferencia fundada en la extensión de la resolución reclamada.—Resoluciones de carácter individual y de carácter general. — Motivo de esa distinción en la jurisprudencia francesa.—Su inaplicabilidad dentro de la doctrina seguida.

En la doctrina que sobre lo contencioso-administrativo sigue la legislación francesa, se distingue también el recurso por *la extensión* del acto que lo causa, estableciéndose al efecto que la reclamación ante los tribunales administrativos sólo procede cuando dicho acto es particular al reclamante, y que cuando es de carácter general, el recurso que procede es ante el Consejo de Estado por *exceso de poder*.

Esta distinción se explica porque las decisiones ó decretos de carácter general son siempre actos de poder, y en muchos casos también actos de poder discrecional; y ya sabemos que según aquella misma legislación, los actos de cualquiera de aquellas dos clases, no dan lugar al recurso contencioso ordinario que es, como ya sabemos, un recurso de revisión, sino al recurso por exceso de poder que es de simple *anulación*.

Pero cuando no se admite, como nosotros no admitimos, ninguna distinción á los efectos del recurso, entre actos de

poder y actos de gestión, y cuando se establece, como nosotros lo haremos en el capítulo siguiente, que el recurso judicial contra el acto administrativo jamás puede tener un efecto revisionista ni tampoco de carácter general, sino limitado al caso *sub judice*, no tiene tampoco, ni puede tener fundamento alguno la distinción fundada en el carácter particular ó general del acto reclamado. Por eso dice muy bien Gianquinto que el título que da mérito al litigio debe ser un acto administrativo, es decir, un acto cualquiera de la Administración, ya sea *reglamentario*, especial ó contractual.

§ V

SUMARIO:—Carácter positivo ó negativo del acto que puede dar origen al reclamo. —Justa equiparación hecha por la jurisprudencia francesa entre la resolución expresa y el silencio de la Administración.—Su fundamento.

Y por último, dijimos al comenzar esta sección, que veríamos si es ó no necesario distinguir si el acto que lesiona el derecho del reclamante es *positivo* ó *negativo*, es decir, si consiste en una decisión cualquiera, ó en la falta de esa misma decisión, ó lo que es lo mismo, en el silencio indebido de la Administración, pues es evidente que también así puede aquélla lesionar los derechos de los particulares.

La legislación francesa contiene algunas disposiciones relativas á ese caso. Así, por ejemplo, el artículo 7.° del decreto de 2 de Noviembre de 1864 establece que "cuando los ministros conocen de los recursos contra las decisiones de las autoridades que les son subordinadas, deben resolver dentro de los cuatro meses contados desde el día de la interposición del reclamo. Si á la expiración de ese plazo no se ha dictado resolución alguna, las partes *pueden considerar su reclamación como desechada*, y ocurrir entonces ante el Consejo de Estado".

Nos parece perfectamente justificada esa equiparación del silencio de la autoridad administrativa á un rechazo expreso del petitorio formulado por el reclamante. No atender una petición que se hace invocando el ejercicio de un derecho,

equivale á desconocer ese mismo derecho, y deben proceder en el caso los mismos recursos que serían pertinentes si se hubiese pronunciado un desechamiento expreso; de lo contrario, la Administración no sólo podría desconocer el derecho alegado, sino lo que es más grave aún, podría cerrarle al peticionario las puertas de toda reclamación ante los tribunales de los asuntos administrativos, para lo cual le bastaría entonces con no dictar resolución alguna, lo que sería una doble ofensa á los derechos del interesado.

Estamos, pues, de acuerdo con Laferrière cuando afirma que "por libre que sea la Administración para dictar una resolución negativa, no puede tener el derecho de no dictar resolución alguna, y suprimir así indirectamente todo recurso contencioso, absteniéndose de pronunciar la decisión del caso y que sería la que abriría al interesado el acceso á los tribunales administrativos". Y es también indudable que, como lo reconoce el mismo autor, la observación es igualmente aplicable no sólo á los ministros cuando proceden como superiores jerárquicos, sino siempre que las decisiones de dichos funcionarios, como cualesquiera otros del orden administrativo, son demandadas por una gestión particular; de manera que en todos esos casos la asimilación del silencio á una solución denegatoria, es igualmente fundada.

Es bien entendido, sin embargo, que el silencio de la Administración ó, lo que es lo mismo, la denegación tácita, sólo puede dar lugar al recurso ante los tribunales de los asuntos administrativos, en los mismos casos en que lo daría la denegación expresa, pues de lo contrario sería dar á los tribunales intervención en asuntos de administración pura ó graciosa.

SECCIÓN CUARTA

SUMARIO:—El recurso de *interpretación* de los actos administrativos. Su fundamento según Aucoc. Su inadmisibilidad. Demostración de que no lo justifica el principio de la division de los Poderes. Palabras de Laferrière.—Distinción hecha por la jurisprudencia francesa entre facultades judiciales de *interpretación* y de *aplicación* de los actos administrativos.—Imposibilidad racional de la separación de esas facultades.—Atenuación de la doctrina limitando aquella separación á los casos de interpretación *dudosa* pero no á los de interpretación *clara*.—Arbitrariedad de esa distinción.—Verdadero fin á que responde en la jurisprudencia francesa el recurso de *interpretación*.—Inadmisibilidad de la doctrina que asimila el recurso de interpretación á los casos de *resolución prejudicial*.

El principio de la división de los Poderes, que la jurisprudencia francesa ha interpretado tan exageradamente y hasta puede decirse que ha adulterado con el fin de asegurar el predominio del Poder Ejecutivo, ha sugerido á aquella misma jurisprudencia una nueva rama de lo contencioso. Nos referimos al recurso de *interpretación*.

Según la teoría que informa ese recurso, los tribunales pueden *aplicar* pero no pueden *interpretar* los actos administrativos. Determinar el sentido y el alcance de un acto, dice Aucoc, en caso de litigio sobre los derechos que ese acto ha conferido á tal ó cual particular ó á la Administración pública, puede equivaler á anular aquel mismo acto, pues nada es más fácil que desviar y alterar su sentido, con el pretexto de interpretarlo, y hacer desaparecer así los derechos que él hubiese tenido por objeto constituir.

De ese principio, agrega el mismo autor, derivan dos consecuencias. La primera es que cuando el sentido de un acto emanado de la autoridad administrativa es contestado ante la autoridad judicial, ésta debe suspender su intervención hasta que la interpretación de dicho acto haya sido dada por la autoridad de quien emana, atento á que en virtud del principio de la separación de los Poderes, la autoridad judicial no puede invalidar los actos de la autoridad administrativa. La segunda es que dicha interpretación, cuando es necesaria para la solución de un litigio judicial, ó para la solución de un litigio administrativo, debe ser hecha con las garantías y

los recursos que comporta el juzgamiento de los litigios administrativos, pues ella envuelve siempre una verdadera cuestión de derecho. Poco importa que el acto cuyo sentido y alcance se trate de determinar haya sido realizado en el ejercicio del poder discrecional de la Administración y no sea susceptible de un recurso por la vía contenciosa; como quiera que sea, ese acto ha podido constituir derechos, y si se discute sobre los que han originado para una ú otra de las partes interesadas, es ante un tribunal administrativo que es preciso llevar este debate ".

Nosotros tampoco seguiremos á la jurisprudencia francesa en esa parte.

En primer término observaremos que esta teoría del recurso de interpretación previa, no es exacto que esté fundada puramente en el principio de la división de los Poderes. En efecto: de las propias palabras de Aucoc que hemos transcripto, resulta que dicho recurso se aplica también en los casos de litigios que se ventilan ante los tribunales administrativos; y más explícito Laferrière á este respecto, dice: "puede suceder también que una cuestión prejudicial de interpretación se presente entre diversas autoridades ó jurisdicciones administrativas, por ejemplo, si la decisión que debe dar un Consejo de Prefectura ó un ministro depende de un acto de autoridad soberana cuya interpretación es reservada al Consejo de Estado". Se comprende, pues, que en esos casos, no teniendo intervención alguna el Poder Judicial, la división de los Poderes nada tiene que ver, y, por consecuencia, la teoría del recurso á que nos referimos pierde el principal y, bien podemos decir, único fundamento alegado en su favor.

En segundo lugar, diremos que, aún tratándose de litigios que se ventilen ante las autoridades judiciales, la separación que dicha teoría pretende hacer entre las facultades *interpretativas* y las facultades de *aplicación* es completamente inadmisible y arbitraria.

Desde luego, si se tratase de actos administrativos de carácter general, diríamos de su aplicación é interpretación lo mismo que se dice con respecto á esas operaciones en ma-

teria legislativa. Se sabe que en este caso la facultad de interpretar las disposiciones del legislador es inherente á la facultad de aplicarlas, pues sin la primera el ejercicio de la segunda sería imposible en la mayor parte de los casos dado que, no siendo las leyes casuísticas y limitándose á establecer principios generales, es forzoso que los llamados á aplicarlas tengan el poder de investigar su verdadero espíritu, sus motivos y sus propósitos, á fin de poder aplicarlas á los múltiples casos que pueden presentarse no encuadrados en la materialidad de su letra. Por eso ha dicho muy bien Laurent: la interpretación es siempre necesaria no sólo en los casos de obscuridad ó insuficiencia de los textos legislativos, pues basta reflexionar un instante sobre la esencia de las leyes, para convencerse de que la necesidad de su interpretación resulta menos de su obscuridad ó de su deficiencia, que de su propia naturaleza.

Sin embargo, no hay duda ninguna de que la facultad interpretativa acordada á los jueces en materia legislativa puede ofrecer los mismos peligros que los que se pretende que tendría en materia administrativa, pues si en este caso, á título de interpretar los actos de la Administración, se puede modificarlos ó alterarlos más ó menos profundamente, otro tanto puede suceder con las leyes al ser interpretadas por los jueces; y sin embargo, á nadie se le ha ocurrido que para evitar ese peligro sea dado interrumpir en cada caso el curso regular de los juicios para obtener la interpretación previa legislativa aplicable al caso que se debate.

Y si el acto ó disposición administrativa en vez de ser de carácter general fuese de carácter particular, como parece que es la intención de la jurisprudencia francesa, pues Batbie, tratando esta materia, dice que el acto administrativo es *esencialmente individual*, en ese caso tampoco tiene objeto el recurso previo de interpretación, pues si la Administración interviene en el juicio ésta tendrá los medios de hacerse oir en defensa de sus derechos ó de sus propósitos; y si no interviene, la interpretación que se diese á un acto de ella jamás podría perjudicarla porque sería *res inter alias judicata*.

En tercer término, si bien es cierto que la teoría á que nos referimos no establece una separación radical entre el poder de aplicación y el de interpretación, pues sólo admite que éste se separe del primero y corresponda á la Administración misma en los casos realmente obscuros ó dudosos, permitiendo que en los demás los jueces que conocen del asunto estén investidos de ambos poderes, sin embargo, esa limitación es de tal naturaleza, que forzosamente debe conducir al predominio de la interpretación judicial ó al de la administrativa, en cualquiera de cuyos casos resulta inútil la forma de interpretación eliminada; é inútil también por consiguiente, la distinción que se quiere hacer entre las dos clases de interpretación indicadas.

En efecto: ¿cuándo deberán acudir los jueces á la interpretación administrativa? ¿bastará que una de las partes pretenda encontrar dudas en el sentido del acto administrativo invocado por la otra? No, dice una sentencia citada por Laferrière, porque eso sería dar á cualquier litigante temerario el derecho de impedir el curso regular del juicio, aparentando dudas contra la evidencia, ó sosteniendo que es necesario interpretar lo que no presentase ni equívoco ni obscuridad. Por la naturaleza de los casos y de sus deberes, agrega la misma sentencia, las Cortes y los Tribunales deben examinar si el acto de que se trata da ó no los derechos reclamados; en caso de duda deben remitirse á la interpretación administrativa; pero si por el contrario, ellos consideran que dicho acto no ofrece ni equívoco ni obscuridad, ni duda sobre el hecho que declara ó el derecho que confiere, ellos deben retener la causa y juzgarla.

Pero se comprende que con esa doctrina la interpretación administrativa fácilmente puede desaparecer, pues si está en manos de los jueces el resolver cuándo deben ó no acudir á ella, como nada hay más relativo que la claridad de los términos de un acto, como la apreciación de esa claridad es un hecho puramente individual y sujetivo, nunca les faltará á los jueces muy buenas razones para declarar que el caso es puramente de interpretación judicial, con lo cual la administrativa estaría demás por completo.

En la práctica, no obstante, ocurre todo lo contrario, pues por más que se diga que los jueces son los que deben resolver sobre la clase de interpretación que en el caso corresponde, la Administración tiene siempre el medio de atribuirse el derecho de interpretar todos los actos que quiera y cómo quiera, para lo cual si la autoridad judicial considera que el asunto es de su exclusiva incumbencia, le basta á la primera con promover *un conflicto* mediante el cual, y dada la forma que la legislación francesa establece para resolverlo, lo que más adelante veremos, tiene siempre asegurado el triunfo de sus opiniones y de sus deseos, en el conflicto primero y luego en la interpretación del acto.

No es, pues, comparable el recurso de interpretación previa á ciertos casos de resolución prejudicial que existen en el derecho común, y de los cuales es uno de los más típicos el contenido en los artículos 5.° y 6.° del Código de Instrucción Criminal, según los cuales la acción civil á que un delito da lugar, no puede tramitarse mientras la penal no haya sido resuelta por sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, ó en sentido inverso, las contenidas, por ejemplo, en los artículos 275 y 308 del Código Penal, según los cuales la acción de ese género contra el insolvente culpable ó el bígamo, no puede entablarse mientras la insolvencia ó la bigamia no han sido declaradas en la vía civil.

Sin duda alguna, esas disposiciones hacen, unas, la acción pública prejudicial á la civil y otras la civil prejudicial á la penal, pero ninguna de ellas tiene con la acción prejudicial de interpretación administrativa, la analogía invocada por Laferrière en favor de ese recurso. Aquellas disposiciones están fundadas en el respeto á la cosa juzgada y á los derechos de jurisdicciones cuya procedencia, lejos de estar librada en cada caso á la apreciación soberana de una parte interesada, está establecida en los códigos respectivos de la manera más precisa, invariable y absoluta; lo que de ningún modo sucede con el recurso contencioso de interpretación, el cual, por todo lo que dejamos expuesto, se ve que no res-

ponde sino á garantir la independencia de la Administración, no sólo contra las intromisiones indebidas de los demás Poderes, sino dentro de sí misma, dándole los medios de reaccionar en cualquier momento aún contra sus propios actos, por medio de interpretaciones *ad hoc* que desligándola de todo vínculo creado por actos anteriores, le conserve en todo tiempo la libertad necesaria para adaptar su acción á sus conveniencias de cada caso, que es en realidad el único propósito á que responde toda la teoría francesa de lo contencioso administrativo, y lo que explica la inseguridad y las graves y múltiples contradicciones que sobre esa materia reinan en la jurisprudencia de aquella misma nación.

(*Continuará*).

Emilio Zola

Estudio de su personalidad

POR ARTHUR MAC-DONALD

(Traducido especialmente del inglés para los ANALES DE LA UNIVERSIDAD)

Formaría un volumen el estudio de cualquier ser humano llevado á cabo con los medios de que hoy dispone la ciencia. El estudio del hombre moderno civilizado constituye uno de los métodos más recientes de la investigación empírica. Paradojal es decir que el hombre es el último ser que ha de ser bien estudiado por el hombre. Se conoce menos y se tienen datos menos seguros acerca del hombre moderno que del hombre no civilizado. Existen datos más concretos sobre los minerales y las plantas que sobre el hombre, y aún cuando hemos creado una ciencia para aquéllos, apenas existe una ciencia para éste.

La palabra ciencia ha sido aplicada á la sociología, á la criminología y á otros estudios análogos; pero todas ellas son *ciencias* únicamente por cortesía y no en el sentido verdadero de la palabra, pues, hasta que no se haya hecho un estudio sistemático y completo de un número considerable de individualidades, será muy difícil adquirir los conocimientos suficientes para establecer que la sociología es una ciencia. La investigación instrumental del hombre según se lleva á cabo hoy es sencillamente un método de trabajo más preciso que pone de manifiesto los efectos de las fuerzas mentales, morales y físicas sobre el cuerpo, fenómenos de que muchas veces ni siquiera tenemos conciencia. En muchos países se siguen hoy los métodos empíricos para estudiar al hombre moderno; así, puede ser que en el futuro poseyamos una antropología de los seres vivos á la par de una antropología de los seres muertos.

El estudio más reciente y tal vez más perfecto que se haya hecho

sobre un individuo qué forma parte de una sociedad (se han hecho muchos sobre criminales en sus celdas), (1) es el estudio (2) sobre Zola dirigido por algunos especialistas franceses.

Zola, después de haber leído los estudios de aquellos hombres de ciencia sobre él, se expresa brevemente así: He leído estas páginas, me han interesado mucho y doy mi autorización para que se publiquen como auténticas y verdaderas, porque sólo tengo un deseo en esta vida: «la verdad», y un solo própósito: el de sacar el mejor partido posible de la verdad. Todo lo que tienda á la verdad tiene que ser excelente, tiene que ser bueno. Autorizo estas publicaciones porque nunca he ocultado nada, he vivido á la faz de todo el mundo, he dicho francamente, sin temores, todo aquello que me parecía bueno y de alguna utilidad. De los miles de páginas que he escrito nada tengo que borrar. Si se pintan algunos vicios en mis obras, de algo servirán, siquiera sea de lección, ó como un ejemplo. Este estudio que se hace sobre mi persona es el estudio acerca de un hombre que ha entregado su vida entera al trabajo y de un hombre que ha contribuido á ese trabajo con todas sus fuerzas físicas, mentales y morales.

ANTECEDENTES

Parece probable que Zola heredó de sus padres y de sus abuelos un físico vigoroso y que de su madre heredó una condición nervo-gotosa ó neuro-artrítica.

Zola nació en París el 2 de Abril de 1840. No fué amamantado por su madre y fué destetado en la época normal. Nunca sufrió de convulsiones, aunque en su primera infancia era enfermizo y tímido. Aprendió á caminar á la edad general. Tardó en aprender á hablar; la letra «s» la pronunciaba siempre como «t» y aún hoy conserva algo ese defecto. A los dos años Zola tuvo una fiebre violenta, probablemente una fiebre cerebral, y por algunas horas se le creyó muerto. A los 6 ó 7 años de edad fué molestado por algunas otras dolencias, de las cuales poco se conoce, y fué necesario aplicarle sinapismos en ambos brazos. Después de su convalecencia quedó pálido y demacrado, pero más tarde mejoró con tendencia á la corpulencia, que ha ido aumentando con los años. A la edad de 6 años era un niño fuerte y de mirada algo linfática, tenía el ojo izquierdo menos abierto que el derecho, debido á una contracción orbicular que aún subsiste.

Los signos de la pubertad se manifestaron de los 13 á los 14 años, y su instinto sexual se caracterizaba por cierta timidez, como sucede

(1) Véase «L'Homme Criminel» por Lombroso y «Le Criminel Type» por el autor.

(2) Toulouse, Manouvrier, Bertillón, Duchard, Blech, Joffry Robin, Mofet, S'érveaux, Bonnier, Henry, Philippe, Crepieux-Jamin, Passy, Galippe y otros.

muchas veces con las personas neurópatas á causa de sus ideas inhibitorias.

Zola terminó sus estudios en París á los 18 años, y en esta época fué cuando tuvo un ataque violento de fiebre tifoidea. La enfermedad lo tuvo postrado por seis semanas; durante las épocas críticas de la fiebre, deliraba. Siempre recuerda el calor intenso en los pies y en las manos y las pesadillas que se manifestaban acompañadas de sensaciones de balanceos en el vacío.

Después de haber abandonado sus estudios en el Liceo de París, su vida fué una vida de dificultades y privaciones, tan es así que hubo veces que se quedaba en cama con el fin de mantener el calórico en el cuerpo, tal era su pobreza. Esto, unido á su gran actividad mental, fué causa suficiente para dar origen á esa condición neurótica que le es propia. Su enfermedad nerviosa continuó desarrollándose paulatinamente; desde la edad de 20 años hasta los 40, tuvo dolores intestinales, y de los 45 á los 50 esos dolores se manifestaron en la forma de una cistitis y *angina pectoris* acompañados de dolores en el brazo izquierdo. A los 35 años dejó de fumar debido á sus molestias cardíacas. Entonces es cuando aparecen sus primeras ideas mórbidas, ideas que parecen no haberse manifestado en la juventud. Después que Zola se vió coronado por el éxito, se sintió más desahogado y su salud fué mejorando: aumentó en peso y volumen, hasta el punto de que el menor esfuerzo lo postraba, dejándolo sin aliento. Tenía síntomas de dilatación gástrica, de pirosis, dolores en el estómago y además pesadez después de las comidas. Optó por un régimen dietético, régimen que continúa observando hoy en parte; nunca bebe durante la comida, no prueba el vino jamás, y durante el día toma un litro de te. Su dentadura ha sido mala siempre desde su infancia, especialmente después del ataque de fiebre tifoidea que lo postró, atribuyéndose esa mala condición de sus dientes al debilitamiento del físico al perder tanto en peso.

EVOLUCIÓN MENTAL

Zola no fué un niño precoz; á la edad de 7 años aún no sabía leer. Entonces fué cuando sus padres se trasladaron á Aix, permaneciendo allí por el espacio de 5 años, desde los siete hasta los doce. Durante ese transcurso no progresó mucho; pero gozaba de libertad para dedicarse á los ejercicios al aire libre. Apenas había cumplido 10 años, tuvo sus primeros amores; á los 12 éstos se hicieron menos superficiales y más complicados, aún cuando siempre fueron de un carácter intelectual. A pesar de esa aparente precocidad, las mujeres no desempeñaron un papel importante en su vida de joven. Era poco comunicativo con sus camaradas y esquivaba hacerse de relaciones, aunque era muy afectuoso con aquellos que fueron sus amigos. Esta reserva

tomó incremento debido á su timidez y ésta ha sido un distintivo constante de su carácter. A los 12 años ingresa en la clase octava del Liceo en Aix. Estaba sumamente atrasado en sus estudios, siendo el último en la clase, pero se puso á trabajar con empeño y al fin del año ganó varios premios y continuó aplicándose en los años subsiguientes. Eligió una carrera científica, no tan sólo por la repugnancia que tenía á las lenguas muertas, especialmente al griego, sino también porque se sentía atraído por las ciencias naturales. Fué un estudiante muy metódico y muy práctico; no era un holgazán, pero tampoco un entusiasta. Zola comprendía bien lo que puede llamarse el arte del futuro, el arte de saber qué es lo que se debe omitir, haciendo sólo aquello que es indispensable. Esto fué fundamental en su carácter.

Cuando cumplió 18 años se alejó de Aix con sus padres para volver á París, donde ingresó en el Liceo á fin de continuar su estudios. Pero creyó que estaba más atrasado que sus compañeros, y además éstos se burlaban de él á causa de su acento provincial. No se juntó nunca con los demás estudiantes, se descorazonó y hasta sus estudios clásicos lo fastidiaron. No siguió el curso y no fué feliz en ninguno de sus estudios. Después de haber terminado el curso de filosofía se presentó á disputar el bachillerato en ciencias, pero no pudo pasar en historia alemana, y hasta fué reprobado en literatura.

Lanzado al mundo y obligado á mantener á su madre, pues ésta había perdido poco á poco todos sus recursos, sus disposiciones naturales le obligaron á utilizar los recursos de la pobreza, que en la vida de muchos hombres parece ser necesaria para que su propia personalidad se destaque y se desarrolle. Tuvo que empezar completamente solo, sin tener un padre ó un hermano con quien discutir sus miras ó sus opiniones; él solo debía buscarse un sendero por la vida, y á esto atribuye Zola el haberse creado una literatura independiente.

Ayudaba á su madre en el gobierno de la casa guardando una cuenta estricta de las finanzas y de todos los detalles. Su suerte fué la de vivir entre los pobres de París, y es interesante observar cuánto utilizó después esa experiencia en sus escritos literarios. Zola no había pensado en un principio vivir de su pluma, porque no tenía conciencia ni se daba cuenta de su extraordinario talento literario. A los 15 años había tenido sus fantasías por la literatura, y solía leer, con dos de sus amigos, un poco de todo. Los tres se deleitaban con Hugo y Musset, sus autores predilectos. Gustábales hacer paseos á pie, dirigiéndose al campo, mucho más que los paseos al teatro ú otros pasatiempos análogos. Zola no pudo seguir ninguna de las carreras liberales, porque no era bachiller en letras, de modo que por fuerza tuvo que dedicarse á la literatura, como lo dice él mismo, por no tener otra cosa qué hacer, ni en qué ocuparse; pero la literatura le agradó y poco á poco halló que podría ganarse la vida con sus trabajos literarios.

CARACTERES GENERALES DEL FÍSICO

Zola tiene hoy 57 años de edad. Su estatura es aún menor que la de la generalidad, y es de apariencia robusta; tiene un buen pecho; sus espaldas son levantadas y angostas, sus músculos bastante bien desarrollados, á pesar de no hacer mucho ejercicio. El cutis es blanco y en partes arrugado. Tenía antes el pelo y la barba negros, pero hoy están ya blanqueando. La cabeza y la cara son grandes y los rasgos fisonómicos acentuados. Su mirada es escudriñadora; sin embargo, como es corto de vista, hay en ella cierta vaguedad. En general su fisonomía denota que es un hombre que reflexiona mucho, continuamente, y que esa reflexión es madura y seria. Su voz es buena, pero á veces pronuncia las últimas letras de algunas palabras en tono de *falsetto.*

EXAMEN ANTROPOLÓGICO

Antes de exponer en detalles algunos de los resultados obtenidos por estas investigaciones, podría preguntarse cuál es la utilidad de tantas medidas minuciosas. Cierto es que en las investigaciones psicofísicas y antropológicas, tal cual se efectúan hoy, hay siempre peligro en hacer demasiadas distinciones, como cuando se insiste en medios milímetros ó se da excesivo valor á una diferencia de milésimos de segundos ó se aglomera un número crecido de hechos que á manera de un montón de ladrillos no tienen relación ninguna entre sí. Nuevas cuestiones surgen, sin embargo, que reclaman estudios más detallados. Siempre es mejor acaparar demasiados hechos que demasiado pocos, pues cuando se omiten datos en una investigación preliminar, se presume que ya conocemos de antemano cuál ha de ser el material necesario y cuál no, y se pueden excluir de esta manera hechos importantes por razones teóricas, dando, así, una importancia indebida á las presunciones. Si pudiéramos de antemano fijar qué es lo que más sirve y los hechos que más valor tienen, nuestras investigaciones resultarían superfluas é inútiles.

Las objeciones que el utilitarismo hace á las investigaciones empíricas se deben á que no comprende el fundamento del amor á la ciencia. Con frecuencia se pregunta: ¿para qué sirve esta ó esa experiencia? ó ¿qué es lo que se puede sacar con esto ó aquello? ¿Se aminorarán los males sociales? etc., etc. A todo esto se puede contestar que, si alguna vez se han de remediar los males sociales, lo primero que ha de hacerse es buscar *las causas* concretas de esos males, y el mejor de los métodos á seguirse es, á no dudarlo, el de la investigación experimental. Pero la idea primera de la ciencia es la verdad, por la verdad

misma, pues los descubrimientos más útiles en bien de la humanidad han sido inspirados por ese santo ideal. En todo trabajo experimental muchas cosas pueden ser de poca utilidad y tal vez innecesarias, pero hasta que no se hayan estudiado todos los demás hechos, nunca se puede medir el valor de un hecho aislado. A continuación se expresan algunas de las medidas antropométricas y algunas descripciones que da Bertillón, el inventor del « Sistema Bertillón de identificación » y Manouvrier, el distinguido antropólogo-físico.

DATOS ANTROPOMÉTRICOS

Estatura, 1 metro 705 milímetros.
Estatura sentado, 890 milímetros.
Alcance del brazo, 1 metro 770 milímetros.
Longitud máxima de la cabeza, 191 milímetros.
Anchura máxima de la cabeza, 156 milímetros.
Indice cefálico, 81 milímetros.
Largo de la oreja derecha, 69 milímetros.
Ancho de la oreja derecha, 31 milímetros.
Largo del pie izquierdo, 262 milímetros.
Largo del pie derecho, 269 milímetros.
Diámetro vertical de la cabeza, 143 milímetros.
Diámetro bizigomático de la cabeza, 146 milímetros.
Medida del pecho, 1 metro 60 milímetros.
Medida de la cintura, un metro 70 milímetros.
Peso, 160 libras.

La frente, inclinación mediana, altura y longitud mayores que la generalidad, y varias arrugas longitudinales.

Color del iris izquierdo: la aureola es de color castaño y la periferia de color pizarra verdoso.

Nariz: la nariz es de profundidad regular, el dorso rectilíneo, la base un poco levantada, la altura y la prominencia regular, la punta tiene dos lóbulos y las ventanas de la nariz son anchas.

Labios: la altura nasolabial es regular, el labio superior es prominente, el grueso es mediano.

La barba: inclinación prominente, altura mediana.

Boca: de tamaño mediano ; los extremos, bajos.

Oreja derecha: la protuberancia primera mediana, el dorso superior y posterior grandes.

Lóbulo: el contorno cuadrado ligeramente adherido á la mejilla ; altura grande.

Ante-trago: inclinación oblicua, perfil rectilíneo, de tamaño pequeño.

Pliegues: el inferior es cóncavo; el superior, intermedio; forma rectilínea.

Oreja izquierda: el dorso original pequeño, dorso superior mediano, dorso posterior grande.

Lóbulo: contorno cuadrado ligeramente adherido á la mejilla, altura grande.

Ante-trago: inclinación oblicua; pérfil rectilíneo; de tamaño pequeño.

Pliegues: el inferior cóncavo; el superior, intermedio, de forma rectilínea.

Párpados: la separación, mediana; el superior izquierdo está descubierto.

Pelo: castaño.

Barba: color castaño claro, pero se está volviendo gris.

PECULIARIDADES DEL FÍSICO

Zola es más bajo que la generalidad, y lo mismo sucede cuando está sentado; pero el alcance de su brazo es normal. Tiene la cabeza más grande que la generalidad; esto no implica necesariamente que posea un cerebro mayor, por cuanto no se conoce el espesor de sus huesos craneanos.

Carece casi del ante-trago en los oídos, y los bordes se adhieren á las mejillas. El párpado superior del ojo izquierdo es algo bajo. Las arrugas de la frente son muy antiguas, han existido desde los 6 años, tanto que á esa edad se le llamaba el serio, el grave.

Manouvrier considera estas arrugas como un signo de emotividad. Según Warner, las arrugas en la frente de las criaturas de los colegios de Londres son una señal de poca inteligencia. Siempre que el autor ha hecho esta experiencia con los niños en este país, ha encontrado que esto era exacto, excepto en el caso de los cortos de vista, en el cual caso las arrugas son motivadas por los esfuerzos que hace el niño para mirar. Las arrugas pueden ser una cosa natural en las personas de edad ya madura; pero tratándose de niños no sucede así. La siguiente podría ser una causa de las arrugas: un niño que no es inteligente encuentra gran dificultad para aprender sus lecciones; tendrá que hacer mayores esfuerzos y trabajar con más empeño, y esos esfuerzos se dibujan en su rostro en la forma de arrugas en la frente; la repetición sucesiva hace que las arrugas no se borren y subsistan desde los primeros años. La cortedad de vista de que padece Zola, puede ser la causa de que las arrugas en la frente hayan aparecido desde la niñez. Tiene arrugas verticales frente á la oreja, especialmente en el costado izquierdo: Zola oye mejor de ese lado. Toulouse opina que esto podría indicar movimientos más activos relacionados con la audición.

Cuando está en reposo y mira á distancia, el párpado del ojo izquierdo permanece caído; esto se debe probablemente á una contracción orbicular, que ha tenido mucho tiempo, pudiendo considerarse como un estigma evidente de neurosis.

FORMA DE LAS MANOS DE ZOLA

Sus manos tienen 142 milímetros de ancho y 110 milímetros de largo: son más bien anchas que largas, que es lo que caracteriza al tipo humano, y lo diferencia del tipo simiano. Las dos arrugas medianas de las palmas de las manos se juntan en su extremidades radiales. Las uñas son pequeñas y redondas.

IMPRESIONES DIGITALES

La columna superior de la figura representa las impresiones de los dedos de la mano izquierda; la columna de más abajo, las de la mano derecha. Las impresiones de los pulgares empiezan en el extremo izquierdo y siguen en sucesión, terminando con las de los dedos meñiques.

En concordancia con el principio general de que la complejidad de la función y la complejidad del fin marchan al unísono, Féré encuentra que las formas más simples, como las del arco, se hallan entre los degenerados; este arco lo encuentra él en la impresión del dedo medio de Zola de la mano izquierda. Sin embargo, esto no se ha confirmado por otros investigadores.

Las impresiones digitales de la mano izquierda, especialmente las tres últimas, no son tan claras, estando muy arrugada la epidermis en los extremos, y los pequeños pelos están borrados casi por completo. Esto podrá ser debido á que estos dedos se usan menos, pues como se sabe la edad afecta inmediatamente aquellas funciones que se utilizan menos. Galton afirma que en todas sus investigaciones no ha encontrado todavía relación entre las impresiones digitales y los demás caracteres de una individualidad moral.

Toulouse dice que Zola, considerado desde el punto de vista anatómico, no posee defectos graves.

ÓRGANOS CIRCULATORIOS

Sus órganos circulatorios están sanos; el pulso es lento (cincuenta y cinco): á continuación se dan las formas del pulso según el aparato de Marcy:

La línea ascendente es derecha, la línea de descenso es quebrada, el pequeño pelierotismo ó sea la línea de forma ondulada, indica una gran elasticidad arterial. La presión arterial es fuerte, de novecientos cincuenta gramos más ó menos. A veces tiene dolores en la región toráeica en el costado izquierdo acompañados de sensaciones é irradia-

ciones en el brazo izquerdo: este síntoma de angina se alterna con crisis de falsa cistitis.

Tiene una pulsación capilar constante como se indica á continuación.

« Pulsación capilar según el pletsismógrafo de Hallion y Compte ».

RESPIRACIÓN

Zola pocas veces se resfriaba antes de cumplir los 55 años, pero después se ha hecho más susceptible. Su respiración es calmosa, regular y de frecuencia normal: unas diez y ocho por minuto, más ó menos. Los movimientos de su pecho al respirar se indican de la manera siguiente en el pneumógrafo :

« Respiración marcada por el pneumógrafo, reducido tres quintos. La línea ascendente representa la inspiración que, como se ve, es más corta y más recta que la línea descendente que representa la expiración.

El autor ha tratado de demostrar experimentalmente los efectos de los estados emotivos y mentales sobre la respiración, y el resultado parece indicar que cada pensamiento y cada sentimiento afectan la respiración, las sensaciones, y la circulación. El objeto de esta investigación es medir esos efectos, por pequeños que ellos sean. Haciendo estudios de esa naturaleza sobre un gran número de personas, tal vez sea posible obtener un conocimiento más exacto acerca de las causas de nuestras experiencias mentales, morales, y emotivas en la vida.

APARATO DIGESTIVO

Su dentadura es mala. El arco alveolar no es normal. Sus funciones digestivas han sido fastidiosas por largo tiempo; pero últimamente, debido á un régimen especial á que se ha sometido, ha mejorado mucho: á las 9 a. m. toma un pedazo de pan duro sin beber nada; á la 1 p. m. un almuerzo liviano sin líquidos ni alimentos que contengan almidón: á las 5 p. m. un poco de torta con te: á las 7.30 p. m. una comida liviana: á las 10 p. m. bebe dos tazas de te y nunca prueba el vino. Cuando Zola sale en bicicleta toma una gran cantidad de te, hasta un litro por día, de esta manera es como ha podido dominar su corpulencia; y el haberse sometido á un régimen tan estricto y el haberlo observado tanto tiempo, indica de su parte, á no dudarlo, una gran tenacidad.

SISTEMA MUSCULAR

Los músculos están bien desarrollados á pesar del poco ejercicio á que son sometidos, pero últimamente Zola ha hecho un poco de ejercicio en bicicleta. Cuando está descansando tiene una sensación de adormecimiento: tiene también temblores en los dedos al ejecutar movimientos delicados, y al hacer los movimientos voluntarios ese temblor se acentúa más. tanto que á veces vuelca una copa tratando de beber. Esta faz de sus molestias nerviosas se exagera todavía por la emoción, siendo así que nunca ha podido leer un discurso en público.

La fuerza de su mano derecha, según el dinamómetro, es de cincuenta y dos kilogramos, y la de la mano izquierda de treinta y seis kilogramos. Este poder parece variar bajo la influencia de las excitaciones. Un día se sintió muy abatido y la fuerza de sus dos manos alcanzó el máximum. Es bien conocida la influencia que la música ejerce sobre el poder de las manos.

Las funciones del brazo y de la mano se consideran de suma importancia, porque parecen tener una relación íntima con las funciones del cerebro.

SISTEMA NERVIOSO

Está muy desarrollada la sensibilidad de la piel; esto tal vez pueda ser debido á la abundancia de pequeños pelos que la cubren y que se han desarrollado en Zola mucho más de lo normal. Es muy grande la sensibilidad al calor y al frío. La sensibilidad refleja es normal, pero está muy desarrollado el reflejo de los tendones. El sentido muscular parece normal.

Cuando está parado con los ojos cerrados y los pies juntos, se nota en él una pequeña oscilación hacia la derecha. Zola sufre de vértigos y es sumamente sensible al dolor.

El sueño de Zola, función general del sistema nervioso, es normal; pero después de haber dormido 7 ú 8 horas se despierta con una sensación de cansancio, con calambres en todo el cuerpo y con una sensación dolorosa de fatiga.

El sistema nervioso de Zola, en conjunto, presenta espasmos cardíacos, calambres, polaquiuria, temblores, etc.; está sujeto á crisis de dolor que datan desde los veinte años y desde esta época hasta los cuarenta tenía períodos de cólicos nerviosos. Entre los cuarenta y cinco y cincuenta años estas crisis han tomado la forma de una angina pectoral, de una cistitis aguda y reuma articular. Hoy esas dolencias han ido menguando; en cambio sufre de una debilidad constante y de irritabilidad. Algunas veces el malestar del estómago es causa ocasional de

manifestaciones nerviosas; pero ahora esas manifestaciones se producen debido á un esfuerzo muscular ó intelectual. Suele despertarle también el menor ruido y la menor incomodidad, como ser una ropa muy ajustada. Los estrujones que recibió un día encontrándose en medio de una multitud, le provocaron una crisis de agonía acompañada de una angina falsa al pecho: el pinchazo recibido en un dedo le produjo una vez dolores por varias horas en el brazo.

Hay, pues, en Zola una falta de equilibrio nervioso, una exagerada morbidez emotiva que, bajo la influencia de pequeñas excitaciones, producen una reacción irregular y dolorosa.

Esta condición generalmente acompaña á la superioridad intelectual, se desarrolla con el ejercicio del cerebro y de la inteligencia y tiende gradualmente á producir un desequilibrio en el sistema nervioso.

EXAMEN PSICOFÍSICO

Es muy difícil practicar un examen psicofísico tratándose de un sujeto neurópata. Los experimentos mentales están sujetos á gran número de variaciones, y en el mejor de los casos los resultados obtenidos no son más que aproximaciones. Sin embargo, dentro de ciertos límites, pueden darse á conocer algunas tendencias de un individuo que pueden valer tanto como cualquier otro dato sobre el físico. Una de las dificultades consiste en que no se han hecho esos experimentos sobre un número suficiente de personas para tener una base de comparación. Estos resultados serán de un valor mucho mayor en el futuro, cuando llegue á tener alguna importancia el estudio de los hombres vivos.

SENSACIÓN Y PERCEPCIÓN

De un punto de vista la sensación es fisológica y de otro la sensación es psíquica, vale decir, es la percepción. Las percepciones táctiles, lo mismo que las sensaciones, en Zola, son agudas. En este sentido se han hecho experiencias sobre las superficies, la forma, el grosor y el peso. Las percepciones visuales son débiles, debido á su cortedad de vista: las experiencias en este sentido se practicaban haciendo distinguir al sujeto longitudes, superficies, movimientos musculares y colores.

Zola demuestra poseer, en las percepciones del oído, un oído musical pésimo. No posee la audición coloreada ni ninguna otra particularidad psíquica análoga. Sus percepciones de olfato no son cuantitativas; pero, cuando compara unos olores con otros, demuestra una precisión finísima, consistiendo uno de sus pasatiempos en predecir qué es lo que ha de comer antes de sentarse á la mesa; puede distinguir al simple olfato los tomates, los pollos, la carne de carnero y diferentes

especies de pescado, y su memoria de sensaciones olfativas es sumamente tenaz. Los olores desempeñan un papel importante en sus escritos literarios, lo mismo que en su propia vida. Nada de especial hay que notar en sus percepciones del gusto, del tiempo y del espacio.

Sus imágenes mentales son auditivas, esto es: en el arte de pensar verbalmente su tendencia es la de hacer uso de las imágenes auditivas de la palabra. Hablando no posee ninguna cualidad de orador; es muy tímido y muy nervioso y la emoción le imposibilita para hablar. Además, tiene una memoria muy débil para recordar las palabras y las frases. Nunca ha podido aprender otro idioma, y muchas veces ha intentado estudiar de memoria un discurso, consiguiendo, como último resultado, acrecentar sus dificultades.

Su escritura varía muchísimo; haciendo copias se nota que el tamaño de las letras minúsculas es normal, inclinadas á la derecha, y no tienen más de dos milímetros de alto: las letras alcanzan á una altura de 5 milímetros en su libreta de apuntes y varían constantemente de inclinación, según la intensidad de su pensamiento.

MEMORIA

Zola recuerda uno ó dos acontecimientos que pasaron cuando tenía dos años de edad, y, de niño poseía una memoria excelente; pero después de cumplir los tres años empezó á perderla. Se han hecho experiencias sobre su memoria de las sensaciones táctiles y visuales; su memoria de las superficies, de los colores, de movimiento de ideas, de letras, de palabras, frases, figuras, siendo el resultado final de todas esas experiencias demostrar que su memoria involuntaria es mucho más frágil que su memoria voluntaria. La potencia, ó mejor dicho, el poder de su retentiva, depende mucho de la utilidad que le apareja el hecho á recordarse; de este modo emplea su memoria con menores esfuerzos y mayores ventajas. Emplea mucho más las imágenes auditivas que las visuales, porque mientras la vista es la puerta, por así decirlo, de la memoria, quien la fija es el oído. Zola es un visual para los objetos y un auditivo para las palabras.

LA ATENCIÓN

Zola tiene dificultad para concentrar su atención por largo tiempo, no pudiendo estudiar más de tres horas á la vez; durante ese tiempo puede reconcentrarse completamente en lo que estudia, olvidando todo lo que pasa á su alrededor, y, aún cuando su atención es tan poco duradera, sin embargo es tan intensa como el esfuerzo muscular realizado. Cuando estudia, todo pasa inadvertido, baja al almuerzo y descubre que la campanilla ha sonado muchas veces, que el perro ha estado

ladrando y que el estado del tiempo ha variado completamente desde que había empezado á trabajar. El poder de su atención es pequeño cuando está sentado, paseando por la calle ó conversando amistosamente, y á veces está tan absorbido en sus meditaciones, que encuentra personas de su relación por la calle y aparentemente las ve y sin embargo no las reconoce. Sus facultades de observación están muy desarrolladas, además de estar muy ejercitadas.

TIEMPO DE REACCIÓN

El tiempo de reacción de Zola es de 136 milésimos de segundo, mucho menor que el de la generalidad; pero su gran regularidad indica poder de atención y de asimilación. Las reacciones motoras son más cortas que las sensoriales, y las reacciones de elección son algo más breves de lo común.

IDEAS DE ZOLA

Si sus conocimientos no son profundos, son, sin embargo, extensos: siempre tuvo especial predilección por las ciencias médicas y naturales.

Según Zola, ni la rareza ni la perfección constituyen el genio; y dice que las tres características del genio son: la creación de seres, el poder y la fecundidad. El genio reproduce con intensidad la naturaleza.

El derecho es la aplicación de la justicia. Hay una antítesis entre las leyes naturales y las leyes escritas, las cuales son una mala aplicación de la justicia á la sociedad.

La justicia es una idea social que no existe en la naturaleza, porque la igualdad no forma parte de la naturaleza íntima de las cosas.

La mujer tiene menos equilibrio é iniciativa que el hombre, y en general es un ser inferior al hombre; pero en detalles y en cosas de poca importancia es muy superior al esposo.

Zola no es partidario de las ideas metafísicas; es un positivista, á pesar de creer en la completa desaparición del cuerpo y alma después de la muerte. Para él la idea de Dios es una mera hipótesis, y todas las afirmaciones sobre dogmas religiosos son inconsistentes y faltas de sentido común.

Basa la moral en la observación de las leyes morales; tiene una concepción pagana de la vida. Dice que lo que es saludable no puede hacer mal y que todo lo que está fuera de la naturaleza es incomprensible. Sus ideas de orden y de método están muy desarrolladas, es esclavo de ellas, y se extienden desde su *toilette* hasta la composición de sus obras. Ha destinado un lugar para cada cosa en su

cuarto; le molesta el desorden; tiene tan bien arreglada su mesa de estudio que parece que nadie hiciera uso de ella; clasifica sus escritos en sobres. Guarda toda su correspondencia, aún la que no tiene importancia.

EMOTIVIDAD

En tanto que las sensaciones de Zola, consideradas del punto de vista físico, son algo anormales, sin embargo, en las demás manifestaciones de la sensibilidad, no pasa esto con Zola. Las emociones simples de alegría y de tristeza son intensas, y la salud, el poder sobre sí mismo, y el funcionamiento normal de su físico le producen gran placer. El dolor moral lo fatiga, pero no le causa una reacción violenta. Su simpatía se inclina por las cosas de la naturaleza, la cual no se manifiesta fácilmente. No es persona de hacerse de amigos con facilidad.

En cuanto á sus gustos, tres cosas hay que le encantan: la juventud, la salud y la bondad. Tiene entusiasmo por las joyas y las máquinas de vapor, vale decir, por las obras delicadas, por una parte, y las obras sólidas por la otra; le deleitan las vistas de ciudades y los paisajes. En el mundo de los colores, prefiere el rojo, el amarillo, el verde, y las sombras borradas. Le agradan los olores naturales, los olores de las flores, y le molestan los olores artificiales. Tiene especial gusto por las cosas dulces.

Su emoción principal unida al instinto de conservación, es el temor. No tiene miedo de andar en bicicleta, sin embargo no se animaría á salir solo por un bosque en una noche oscura. No le causaría mayor miedo el morirse repentinamente, ni le espanta la idea de que lo enterrasen vivo, pero atravesando un túnel en ferrocarril lo ha asaltado repentinamente la idea de que pudieran hundirse las dos salidas del túnel y quedar allí sepultado vivo. Nunca ha tenido idea del suicidio. A veces se enfada contra las cosas que no se desarrollan lógicamente. No son, como sucede con la mayor parte de los hombres, las provocaciones personales las que más lo irritan, son las injurias á sus sentimientos morales las que más le sublevan, especialmente si se le acusa de una injusticia.

Zola tiene predilección por las mujeres jóvenes; lo que más le encanta en ellas es su frescura, su salud, su armonía física y moral, su suavidad y sus encantos; no le da importancia ninguna á la elegancia de vestir y no tiene fetiquismos en el amor. Cuando sufre de celos los guarda, reacciona poco y sufre en silencio.

SENTIMIENTOS

Zola no tiene sentimientos religiosos aún cuando lo dominan algunas supersticiones. La literatura constituye su principal gusto estético: ama á Balzac como creador de seres y á Flaubert como estilista. El teatro moderno le desagrada, tan es así, que prefiere una tragedia de Racine ó de Corneille á las obras hoy en boga. En cuanto á la música, las sinfonías no le gustan, porque no las comprende, pero le deleita la ópera, si es que puede entender bien las palabras; si no, toda música le es oscura é incomprensible. También prefiere los aires simples y sencillos. Le producen hastío los cafés cantantes y las operetas.

Zola es hombre de su casa y sus extravagancias son muy reducidas. Ningún juego de azar le atrae y las cartas y el billar no le causan mayor interés. Juega mucho al ajedrez, pero se fatiga demasiado.

IDEAS MÓRBIDAS

La idea del orden tiene tal dominio sobre Zola, que esa tendencia toma en él, á veces, un carácter mórbido, porque el desorden le produce un dolor intenso.

Desde los 30 años aproximadamente se han desarrollado en él varias ideas mórbidas; pero no sufre mayormente. Cuando no son satisfechas deja que se transformen en «manías» como dice él, y después queda tranquilo. Una de ellas es la duda; siempre teme no terminar el trabajo del día ó no ser capaz de concluir un libro. Nunca vuelve á releer una novela que ha escrito, por miedo de encontrar algún pasaje inconveniente; en este sentido no se tiene confianza alguna.

Otra de sus ideas mórbidas es la manía por la aritmética. Según Zola esta manía es debida á su manía por el orden. Cuando pasea por la calle cuenta todos los picos de gas, el número de las puertas y especialmente el número de los carruajes de alquiler. Cuando está en su hogar cuenta los peldaños de las escaleras, los diferentes objetos de su estudio, y tiene la manía de tocar con la mano los mismos muebles un determinado número de veces antes de acostarse á dormir.

De este deseo de contar nacen sus supersticiones; ciertos números ejercen mala influencia sobre él: si, por ejemplo, añadiendo un número cualquiera al número de un carruaje de alquiler resulta un número supersticioso, no alquila ese coche; si por fuerza tiene que tomarlo, siempre cree que alguna desgracia ha de suceder ó que le ha de pasar algún contratiempo. En una ocasión el número «3» era de buen augurio, hoy el número «7» es el número de su predilección: así de noche abre los ojos siete veces para asegurarse que no se ha de morir.

Pero el número « 17 », que tiene la propiedad de recordarle una fecha importante, lo molesta mucho.

Además de estas manías por los números, Zola tiene otras ideas supersticiosas. Ejecuta ciertos actos por miedo de que sobrevengan desgracias, si no los hace.

Zola se da cuenta de lo absurdo de estas ideas mórbidas, que, sin embargo, se producen con pequeñas emociones. Puede resistir á estos impulsos, si quiere, sin que esto le ocasione mayor dolor. Es curioso observar lo poco que afectan su equilibrio mental las ideas mórbidas.

EXPERIMENTO LITERARIO

Se leyeron á Zola varios trozos de un determinado número de autores, como Balzac, Pascal, Moliére, Rousseau, y Hugo, sin que recono ciera en un solo caso el autor del trozo leído. Sucede que un gran escritor lee poco, no tan sólo por la falta de tiempo sino también por temor de perder la originalidad de sus ideas y de su estilo.

No es necesaria una erudición vastísima y una gran cultura para la originalidad del pensamiento.

El sentimiento intelectual que impulsa á Zola al trabajo no le produce un placer por cierto; el sentimiento que lo guía siempre es el de concluir todo trabajo que se haya impuesto.

El lenguaje emocional de Zola es débil; no puede imitar una voz, ni un gesto, y nunca podría llegar á ser un actor.

VOLUNTAD

Su carácter principal es la tenacidad. Si está trabajando y de golpe surge una dificultad, no desmaya, ni se levanta de su mesa para distraerse; por el contrario, permanece firme allí con la atención fija: las dificultades parecen acrecentar su personalidad. En general sus actos los guía más la razón que el sentimiento. Cuando lo arrastra una pasión cualquiera, se detiene, reflexiona, pesa las consecuencias posibles y tiene conciencia de que es dueño de sus actos. Nunca se le ocurre cometer un acto que le parece injusto, ni le ocasiona molestia no ejecutarlo. No comprende las pasiones violentas de Hugo en la fantasía, ni esos sentimientos que llevaron al general Boulanger al suicidio. Zola es una personalidad intelectual que ha sido partidaria de la hipótesis de que todos los hombres son dueños de sus acciones.

ZOLA ES UN NEURÓPATA

Poco ó nada se sabe acerca de las verdaderas relaciones entre la inteligencia y la neuropatía. Zola no es ni un epiléptico ni un histé-

rico ni tiene el menor síntoma de enajenación mental. Aun cuando sufre de muchas enfermedades á los nervios, no puede aplicarse á él, el término de degenerado. Magnan lo ha clasificado como uno de esos degenerados que, poseyendo aptitudes brillantes, tienen á la par algunos defectos mentales. Es cierto, como ya hemos tenido objeto de observar, que Zola sufre de contracción orbicular, de espasmos cardíacos, de calambres torácicos, de una angina al pecho, de hiperestesia sensorial, de obsesiones y de ideas impulsivas; su emotividad es defectuosa, y algunas de sus ideas son mórbidas, pero todo esto junto no es bastante para afectar de una manera seria sus esfuerzos intelectuales.

Su constitución robusta y fuerte lo salva, permaneciendo incólume su inteligencia. Toulouse dice que jamás ha observado una persona tan gruesa y tan impulsiva y tan bien equilibrada.

Sin embargo, Zola es « un neurópata », es decir, un hombre cuyo sistema nervioso está enfermo. Parece que ha heredado esta tendencia y que la otra causa de sus males y la de que se hallen afectados sus tejidos nerviosos, es el trabajo intelectual á que está sometido constantemente. Ahora lo que habría que saber es si esta condición neuropática es ó no una excitación que ha dado origen á la causa principal de la extraordinaria intelectualidad de Emilio Zola. Una cuestión muy distinta es la de saber si un sistema nervioso enfermo es causa necesaria del talento ó del genio, aun cuando las manifestaciones patológicas agobian tan á menudo los grandes talentos y los grandes genios que la relación parece ser mucho más que temporal y sugiere la idea de causa y de efecto.

Para concluir: las cualidades de Zola son la delicadeza y la exactitud en la concepción, poder de atención, seguridad en el juicio, sentimiento del orden, poder de coordinación, tenacidad extraordinaria en el esfuerzo, y, sobre todo, un gran sentido práctico utilitarista. Con estas cualidades hubiera triunfado siempre en cualquier esfera á que hubiera dirigido su actividad.

Luis D. Desteffanis

† EL 31 DE AGOSTO ÚLTIMO

La Universidad se ha visto nuevamente enlutada por el infortunio. En la indicada fecha pagó su tributo á la madre común el antiguo y erudito profesor señor Desteffanis, que regentaba con vastísima competencia, desde muchos años, una de las aulas en que se halla dividido el curso de Historia Universal.

El señor Desteffanis, italiano de nacimiento, radicaba en el país hacía ya varias décadas, dedicado á la enseñanza de la Historia, su estudio predilecto, distinguiéndose también como hombre de letras, pensador distinguido, bibliógrafo ilustrado, escritor ameno y corazón bondadoso y nobilísimo.

En el acto de ser sepultados sus restos la juventud rodeó el féretro rindiendo homenaje á sus meritorios servicios á la causa de la instrucción pública y á su amor por esta tierra, de la que había hecho su segunda patria. El doctor Azarola por encargo de las autoridades universitarias despidió al viejo maestro en los términos siguientes :

Señores : Las letras han perdido uno de sus cultores entusiastas ; el partido liberal, uno de sus adeptos convencidos, sean cuales fueren sus errores, naturales, siempre, á los mortales ; los orientales un amigo sincero, dedicado á ilustrarlos desde muchos años ha ; la Universidad, un profesor eminente ; la juventud, un maestro cariñoso, consagrado á ella, vinculado á sus latidos, sintiendo sus aspiraciones, que la guiaba con asidua perseverancia por el camino florido, pero espinoso, de los primeros lustros.

Durante un largo período de tiempo este ilustre muerto ha sido un batallador incansable por los ámbitos tendidos de la acción intelectua : profesor, pensador, periodista, todo lo ha abarcado, en todo ha penetrado, todo lo ha examinado y discutido, sin exceptuar siquiera los dominios celestes del arte, salvando, por doquier, incólumes sus hermo-

sos principios, su intachable consecuencia por los más excelsos ideales de la humanidad, en estos días polares de profundas decepciones; su confianza inquebrantable en la libertad y la razón.

Filósofo y catedrático, amaba la tolerancia con el mismo ardor que sus lecciones magistrales, perfumándola con una unción verdaderamente evangélica: con vocación jamás amortiguada ha congregado alrededor de su aula luminosa á las inteligencias adolescentes, ya divididas por los problemas de los siglos, constantemente presentes á la mente humana y sempiternamente irresolubles: liberales, ultramontanos, excépticos, que por una antinomia sorprendente los hay hoy en los primeros años de la existencia, donde todo parece convidar con nacarado acento de pureza á los fulgores del ideal; creyentes persuadidos de que la verdad no puede ser una fórmula vacía, ni la ley moral un convencionalismo transitorio, á todos cobijaba paternalmente dispensándoles su benevolencia clásica, escuchaba á todos, con ninguno reñía y concluía por refutar sus exageraciones, disipando sus radicalismos engañosos, con la envidiable erudición que lo señalaba, frecuentemente saturada en las esperanzas de la Historia.

Tres generaciones de uruguayos han desfilado ante él; innumerables discípulos han oído de sus labios los comentarios del pasado, como una experiencia invalorable para las inducciones del porvenir, y presumo que no existe uno solo, entre los que le sobreviven, que no haya tenido para este sabio maestro la simpatía y el respeto que liga en la tierra á los corazones generosos con los espíritus selectos.

Había en el alma noble del señor Desteffanis, un punto culminante, un sentimiento altruista, elevado, magnificente; una cualidad vivamente acreedora al aplauso; una manifestación característica de su largo y fecundo profesorado: su amor reverencial por la virtud, su aversión innata por el crimen, sus inclinaciones vehementes por lo bello, lo verdadero y lo bueno.

Aún lo recuerdo en esas dulces reminiscencias que se agolpan á la memoria cual ecos disipados de horas lejanas y felices.

Era una tarde de clase concurrida por aquella juventud enamorada del bien, idólatra por el imperio de las instituciones, incapaz de sacrificarlas ni á hombres ni á partidos, creyente en el imperio de la ley, que se suponía predestinada para guardar el honor de la justicia porque había sido templada al calor de sus destellos.

El señor Desteffanis, después de sus acostumbradas explicaciones, pidióme un juicio sobre César, porque respecto de este debatido personaje había versado la lección. Emití mi opinión inconsulta, pero espontánea, acerca de su individualidad, y terminé diciendo, que César se mostró grande por sus virtudes y grande por sus vicios. Joven, me respondió con su suavidad habitual: que los hombres se muestren grandes por sus virtudes, es harto comprensible, pero que se exhiban gran-

des por sus vicios, es algo que no puede tolerarse. Persuadido estoy que no podrá sorprenderse en la vida del señor Desteffanis, una sola circunstancia en la que no se haya mostrado digno de la elevada misión del magisterio: he ahí su gloria imperecedera.

Se habrá equivocado alguna vez en los medios ó en los fines, pero su ciencia, sus conocimientos y su criterio, que relampagueaba cual una llamarada del Etna para iluminar los anales del mundo, juzgando los acontecimientos, estuvieron sin vacilaciones, ni reatos, al servicio de las causas augustas: he ahí su mérito insigne á la consideración de la posteridad.

No he venido á llorar porque nos abandona y nos deja: vine á darle el adiós de despedida. No podría, tampoco recurrir á ese consuelo, porque yo ya no tengo lágrimas: las de otrora se secaron con el árido viento del desierto. La Universidad me ha encargado consigne aquí el alto testimonio de su duelo por la pérdida inmensa que la enluta, y en cumplimiento de esta obligación dolorosa, aunque revestida de las honras académicas, me inclino sobre esta tumba en la que espero que no se turbará jamás la paz para sus míseros despojos.

La Justicia Eterna, que está arriba de la de los hombres, hará, sin duda, lo demás, entretanto que aguardamos que los connacionales de este profesor egregio envíen, á su patria nunca olvidada, en alas de la brisa, la triste nueva para que compartan nuestro dolor las almas sensibles desde los picachos alpinos á las playas risueñas de Sicilia.

Sección Oficial

Designación de la terna y nombramiento de Rector de la Universidad

Montevideo, Septiembre 16 de 1899.

Excmo. señor Ministro de Fomento, doctor don Carlos María de Pena.

Señor Ministro:

Tengo el honor de comunicar á V. E. que en la elección practicada ayer en esta Universidad para constituir la terna que debe ser presentada al Poder Ejecutivo de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley de 25 de Noviembre de 1889, resultaron designados el doctor don Alfredo Vásquez Acevedo con ochenta y seis votos, el doctor don Claudio Williman con setenta y ocho votos y el doctor don Eduardo Brito del Pino con setenta y cinco votos.

Saludo á V. E. atentamente.

ALFREDO VÁSQUEZ ACEVEDO.
Enrique Azarola,
Secretario.

Ministerio de Fomento.

Montevideo, 28 de Septiembre de 1899.

Este Ministerio ha tenido el honor de recibir la nota de V. S., fecha 16 del corriente, comunicando la terna para el Rectorado que eligió la Sala de Doctores el día anterior en acto público y solemne.

En ella figuran como candidatos los señores doctores don Alfredo Vásquez Acevedo con ochenta y seis votos, don Claudio Williman

con setenta y ocho y don Eduardo Brito del Pino con setenta y cinco.

Dispuesto el Poder Ejecutivo á ejercer la facultad de elección que le confiere la ley de la materia, ofreció el Rectorado al doctor Brito del Pino, quien declaró que no aceptaba el cargo por no convenir á sus intereses particulares, y que por consiguiente podía darse su elección como no efectuada.

Quedó evidenciado así que la terna no era tal, y que la facultad de elección que reside en el Poder Ejecutivo, no podía ejercerse entonces en el sentido amplio que informan la letra y el espíritu de las leyes de fecha 14 de Julio de 1885 y de 25 de Noviembre de 1889.

En tal virtud, he recibido encargo especial de S. E. el señor Presidente de la República, de participar á V. S. que debe convocarse nuevamente á la Sala de Doctores á efecto de que se proceda á elección de nueva terna, la que se elevará al Poder Ejecutivo, mediando la seguridad expresa, de que cada uno de los candidatos que la formen, estén dispuestos á aceptar el Rectorado, en caso de que el Poder Ejecutivo hiciera la designación correspondiente, pues de ese modo se evitaría la repetición del acto electoral á que habría que acudir nuevamente por si cualquiera de los miembros de la terna no aceptase el cargo.

Dios guarde á V. S.

Alfonso Pacheco.

Señor Rector de la Universidad.

Montevideo, Septiembre 28 de 1899.

Elévese al Consejo.

Pablo De-María,
Decano de Derecho.
Enrique Azarola,
Secretario.

Consejo de E. S. y Superior.

Montevideo, Septiembre 29 de 1899.

Resuélvese:

1.° Que se convoque á la Sala de Doctores para la elección de la terna.

2.° Que el acto se verifique en la Universidad el día quince de Octubre próximo entrante á las 2 de la tarde.

3.° Que la elección sea presidida por el señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, doctor don Pablo De-María.

DE-MARÍA.
Enrique Azarola,
Secretario.

Montevideo, Octubre 16 de 1899.

Excmo. señor Ministro de Fomento, doctor don Gregorio L. Rodríguez.

Señor Ministro:

Para el efecto que determina el artículo 13 de la ley de 25 de Noviembre de 1889, y en nombre del Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, tengo el honor de elevar á V. E. la terna de candidatos para el Rectorado, elegida por la Sala de Doctores en sesión que celebró ayer.

Esa terna es la siguiente: doctores don Alfredo Vásquez Acevedo, don Pablo De-María y don Claudio Villiman.

Saludo á V. E. con mi mayor respeto.

Por autorización del Consejo:

PABLO DE-MARÍA,
Decano de la Facultad de Derecho.
Enrique Azarola,
Secretario.

Ministerio de Fomento.

Montevideo, 17 de Octubre de 1899.

El Gobierno con esta fecha ha expedido el siguiente decreto:

« Ministerio de Fomento. — Decreto. — Montevideo, 17 de Octubre de 1899. — Habiendo presentado el Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, la terna formada por la Sala de Doctores, en ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 13 de la ley de 25 de Noviembre de 1889, el Presidente de la República—Decreta: Artículo 1.° Nómbrase Rector de la Universidad al doctor don Pablo De-María. Art. 2.° Desígnase la audiencia del día 20 del corriente, á las 3 p. m., para que el nombrado preste el juramento de estilo ante el Ministro Secretario de Estado en el Departamento de Fomento. Art. 3.°

Agradézcanse por nota al doctor don Alfredo Vásquez Acevedo los servicios prestados durante el desempeño de su Rectorado. Art. 4.° Comuníquese. — CUESTAS. — GREGORIO L. RODRÍGUEZ. »

El que tengo el honor de transcribir á V. S. para su conocimiento y demás efectos.

Dios guarde á V. S.

GREGORIO L. RODRÍGUEZ.

Al señor Rector de la Universidad.

Montevideo, Octubre 17 de 1899.

Archívese.

PABLO DE-MARÍA,
Decano de Derecho.
Enrique Azarola,
Secretario.

Montevideo, Octubre 18 de 1899.

Excmo. señor Ministro de Fomento, doctor don Gregorio L. Rodríguez.

He tenido el honor de recibir el oficio en que V. E. se sirve comunicarme que he sido nombrado Rector de la Universidad.

En contestación, me es grato manifestar á V. E. que me creo en el deber de aceptar ese nombramiento, dadas las condiciones en que se ha realizado y que, por consiguiente, lo acepto.

No puedo llevar al desempeño del elevado cargo de que se trata, la especial preparación que desearía, pero llevaré al menos, para responder en lo posible á la confianza que se deposita en mí, la firme voluntad de no omitir esfuerzo alguno para conseguir que la Universidad no descienda, bajo mi dirección, del grado de adelanto y de prestigio en que actualmente se halla.

Agradezco con toda sinceridad á S. E. el señor Presidente de la República y á V. E. el honor con que se han dignado favorecerme, y aprovecho esta ocasión para saludar á V. E. con mi mayor respeto.

PABLO DE-MARÍA.

Secretaría de la Universidad.

Llámase á concurso de oposición para proveer en propiedad la dirección de una de las aulas en que se halla dividido el curso de Historia Universal.

Las bases de la oposición se hallan á disposición de los señores aspirantes en esta Secretaría.

Las inscripciones de orden podrán verificarse hasta el 1.° de Febrero del año próximo venidero. Los actos del concurso tendrán lugar en la segunda quincena del propio mes.

Montevideo, Septiembre 30 de 1899.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, en sesión celebrada el 16 de Octubre corriente, ha sancionado la siguiente resolución:

Las solicitudes de estudiantes deben ser formuladas y firmadas á nombre individual por los peticionarios, no considerándose como tales sino á los que las firmen. Publíquese.

Montevideo, Octubre 21 de 1899.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

Por resolución del Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, se publica la disposición que adoptó dicha Corporación en sesión verificada el 21 de Octubre de 1899. Es la siguiente:

A los que no se inscriban en tiempo para prestar examen de ingreso, se les podrá conceder la inscripción hasta la víspera del día en que dé principio ese examen, á condición de pagar un peso destinado á las rentas generales de la Universidad.

Montevideo, Octubre 28 de 1899.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

Llámase á concurso para proveer por oposición la regencia en propiedad de las aulas de Anatomía Patológica y Anatomía Topográfica y operaciones.

Las solicitudes de los señores aspirantes se recibirán en esta Secretaría hasta el 1.° de Marzo del año próximo venidero.

Los actos de las oposiciones se verificarán en la Facultad de Medicina en la segunda quincena del mencionado mes.

Las bases de los concursos se hallan á disposición de los interesados para su conocimiento.

Montevideo, Octubre 30 de 1899.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, en sesión de 15 del corriente, ha sancionado la siguiente resolución:

De conformidad con el artículo 93 del Reglamento general, los examinandos que, después de llamados dos veces por el Secretario ó empleado que le reemplace, se presentasen por sí mismos para rendir examen escrito, estando todavía instalada ordinariamente la mesa examinadora del curso anual de que se trate, lo manifestarán en el acto á la misma. Esta levantará entonces un acta sobre el particular, la cual será firmada por los examinadores y también por los estudiantes presentados. Dicha acta será pasada inmediatamente al Decano, quien formará grupos no mayores de doce examinandos y fijará el día ó días en que indefectiblemente deberá tener lugar el examen. En el día ó días fijados, la mesa examinadora se reunirá extraordinariamente y con el especial y exclusivo objeto de examinar á los alumnos cuyos nombres figuren en el acta más arriba indicada. Una vez llamados por su orden todos esos alumnos, se levantará definitivamente la mesa examinadora, aún cuando algunos de ellos no hayan concurido á prestar el examen.

Montevideo, Noviembre 16 de 1899.

Azarola,
Secretario General.

Secretaría de la Universidad.

El Consejo de Enseñanza Secundaria y Superior, en sesión de 24 del corriente, sancionó la siguiente resolución:

Los estudiantes que llamados para prestar examen se hayan presentado ante la Mesa y se retiren antes de terminado, serán equiparados á los reprobados, si bien no habrá para ellos clasificación.

Montevideo, Noviembre 27 de 1899.

Azarola,
Secretario General.

La publicación en el penúltimo número de los ANALES DE LA UNIVERSIDAD de los discursos pronunciados por los señores Eduardo Monteverde y Nicolás N. Piaggio, al ser inhumados los restos del infortunado profesor señor Carvajal, dió ocasión á una trasposición involuntaria de nombres que estamos en el caso de rectificar.

El discurso del señor Monteverde, aparece como pronunciado por el señor Piaggio, y la oración de éste como dicha por el señor Monteverde.

Hecha la salvedad indicada sobre la paternidad de ambas producciones, damos por terminadas estas líneas.

ÍNDICE

TOMO X

ENTREGA I

ENTREGA II

ENTREGA III

ENTREGA IV

5

ENTREGA V

ENTREGA VI